بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة آل البيت

كلية الدراسات الفقهية والقانونية

قسم القانون

حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني

-دراسة مقارنة-

Good Faith in performance of contracts in Jordanian civil law

-A comparative study-

إعداد :إبراهيم أحمد إبراهيم الذيابات

الرقم الجامعي: (٠٠٢٠٢٠٠٠٠٣)

المشرف :الدكتور نائل المساعدة

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة آل البيت

كلية الدراسات الفقهية والقانونية

قسم القانون

حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني

-دراسة مقارنة-

Good Faith in performance of contracts in Jordanian civil law

-A comparative study-

إعداد

إبراهيم أحمد إبراهيم الذيابات

الرقم الجامعي: (٠٠٢٠٢٠٠٠٠٣)

المشرف

الدكتور نائل مساعدة

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
د.نائل مساعدة	(مشرفا و رئيسا)	....
د.سامر دلالعة	(عضوا)	....
د.عبد الله السوفاني	(عضوا)	....
د.نسرين محاسنة	(عضوا)	....

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون في كلية الدراسات الفقهية والقانونية / قسم القانون في جامعة آل البيت.

نوقشت وأوصي بإجازتها بتاريخ ٢٠٠٥/٢/١

الإهــداء

إلى من حملت وزري في أحشائها تسعة أشهر
وأثقلها همي للآن سبعة وعشرون عاماً
ولا زالت تنتظر على الشرفات البعيدة
وترنو إلى القادم من بعيد–أنا– بدعاء لن أنساه..

... أمـــــي

إلى من حضنني طفلاً وصادقني شاباً
وعرّفني بالحياة حتى غدت بحسن تربيته
سلماً للصعود إلى الآخرة ...

... أبـــــي

إلى شريكة حياتي بحلوها ومرها...

... زوجتي

إلى زهرة حياتي و نور عيوني... **...ابنتي سندس**

إلى من تقاسموا المشقة والعناء فيما بينهم من أجل أن يروا مني
الأخ الذي يحقق طموحهم...

... أشقائي وشقيقاتي

إلى أحبتي وأقاربي وأصدقائي...

شكر وتقدير

لا يسعني بعد أن منّ الله عليّ بإتمام هذه الرسالة إلا أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرفان للسيد الدكتور نائل المساعدة الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة،وقدم بإخلاص كل عون وذلل كل صعوبة،وأعطى من وقته وجهده بلا حدود مما كان له عظيم الأثر في ظهور هذه الرسالة بهذه الصورة.

كما أتقدم بجزيل الشكر وخالص التقدير وعظيم الامتنان إلى كل من الدكتور سامر دلالعه و الدكتور عبد الله السوفاني و الدكتورة نسرين محاسنة أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الرسالة.

فثناءً وشكراً لهم مني مع خالص التقدير والاحترام

قائمة المحتويات

الملخص

(حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني)
– دراسة مقارنة –

إعداد :إبراهيم أحمد إبراهيم الذيابات　　　　　　إشراف : الدكتور نائل المساعدة

تأتي أهمية هذه الدراسة باعتبارها محاولة حديثة لإلقاء الضوء على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال المادة (١/٢٠٢) من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه:"يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" .

ومن خلالها تتعاظم الحاجة إلى اللجوء إلى مبدأ حسن النية لأنه المبدأ الذي يحقق أجل غاية من غايات القانون وهي درء الإضرار من فرد على فرد آخر في المجتمع.

وباعتبار مبدأ حسن النية هو المبدأ العام الذي يسود كل العلاقات القانونية وهو من الأحكام الكلية التي لا تنتفي بعدم النص عليها لأنها مبدأ يسود العقد في جميع مراحله بحيث لا يقتصر أثره على إبرام العقد فقط بل يمتد إلى تنفيذه وانقضائه.

فحسن النية في العقود يعني مراعاة كل من العاقدين صالح العاقد الآخر وطبيعة الالتزام وعدم تعمد إلحاق الضرر به وذلك بأن يكون تنفيذ لالتزامه بالطريقة التي اتفق عليها الطرفان وبذلك فحسن النية في العقود مبدأ يجد مداه في حالتين هما: ذات المتعاقد أو شخصه من جهة وطبيعة الالتزام الذي ارتبط به،وبذلك فهو يقوم على أساسين أثنين هما أساس نفسي،قوامه نية العاقد وأساس مادي قوامه شرف التعامل ونزاهته.

واصل إلى الأسس الخاصة بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ،من خلال حسن النية وفقا للأساس الشخصي(الذاتي) المتمثل في انتفاء سوء النية لدى المتعاقد بكل الصور

والأوضاع،والأساس الموضوعي(المادي) لحسن النية المتمثل في تجنب الإهمال والتقصير بأن يكون إهماله مقبولا في نظر المجتمع والقانون.

كل ذلك من خلال تحليل نصوص القانون الأردني المتعلقة بحسن النية في تنفيذ العقود مقارنة مع القوانين المقارنة لإعطاء صورة كاملة عن حسن النية،كما تم التدقيق بأراء الفقهاء القانونيين وما يجري العمل به في القضاء الأردني،محاولين التوصل من خلال هذه المنهجية إلى الحلول التي لا تخرج عن إطار المبادئ القانونية في الأردن ،في إطار الخطة التالية:-

التمهيد،أستعرض فيه الأصل التاريخي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال ارتباط القديم بالحديث وبيان الأصول التاريخية لهذا المبدأ في القانون الروماني وحسن النية في الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول،خصص هذا الفصل لدراسة الأساس الشخصي لمبدأ حسن النية من خلال شروط حسن النية وفقا للأساس الشخصي في المبحث الأول والتي تتمثل في انتفاء الخطأ العقدي وانتفاء الخطأ العمد والغش وعدم التعسف في استعمال الحق بسوء نية وانتفاء الخطأ الجسيم بأنواعه المتعددة،أما المبحث الثاني من هذا الفصل،فقد تناولنا فيه آثار الإخلال بحسن النية في وفقا للأساس الشخصي،حيث درسنا علاقة حسن النية بالقانون الجنائي والأخطاء العقدية العمدية الملحقة به،وبينا الأحكام القانونية العقدية للغش والخطأ الجسيم والمتمثلة في التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة وبطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم وجواز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض التكميلي وامتناع إمهال المدين في حالة ارتكابه غش أو خطأ جسيم وعدم جواز التأمين منها.

وفي الفصل الثاني،تناولنا الأساس الموضوعي لمبدأ حسن النية وذلك من خلال دراسة حسن النية وفقا للأساس الموضوعي وعدم التنفيذ المشروع في المبحث الأول والتي بينا فيها أن السبب الأجنبي ينفي الخطأ وواجب الدائن في تيسير التنفيذ من خلال فكرة التعاون وما هي البواعث المشروعة لعدم التنفيذ.

أما المبحث الثاني من خلال هذا الفصل،فقد خصصناه لدراسة حسن النية وفقا للأساس الموضوعي ومدى العناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة وأيضا ببذل عناية ،وفـــي الخاتمة عرضنا النتائج التي توصلنا إليها بعد الانتهاء من هذه الدراسة.

المقدمة

القانون هو مجموعة القواعد الملزمة والمنظمة لعلاقات الأشخاص في المجتمع،فالعلاقات الإنسانية بجميع أنواعها تحتاج إلى قواعد لتنظيمها لئلا يحصل تعارض وتضارب بين المصالح الناشئة عن تلك العلاقات الاجتماعية الإنسانية،ولقد ألزم القانون الفرد أن يسلك ذلك السلوك الذي لا يضر فيه الغير ضرراً كان في إمكانه أن يتجنبه أو أن يقلل منه إلى أدنى حد ممكن وهذا الالتزام مرده الأخلاق في الأصل[١]،والقانون والأخلاق يحملان رسالة واحدة في نشر الطمأنينة وكف العدوان،وخلق الثقة ومحاربة سوء النية،لتوحيد صرح العدل خدمة للمجتمع والإنسان.

إن مبدأ حسن النية هو من أهم المبادئ القانونية على الإطلاق سواءً كان ذلك على مستوى القانون العام أو مستوى القانون الخاص،حيث أن اللجوء لهذا المبدأ قد يخفف الكثير من صراحة بعض النصوص القانونية والتي قد يؤدي المستفيد بحرفيته تطبيقاً إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها[٢].

والأخلاق التي تنبع من روح الشرائع والأديان أوجبت منذ القدم وقبل أن يلزم القانون الفرد أن يكون حسن النية تجاه أفراد مجتمعه بأن يعاملهم بما يحب أن يعاملوه دون أن ينوي الشّر بهم،ويتصرف بقدر من التبصر والاهتمام بمصالح الآخرين لكي لا يلحق بهم الضرر سواء كان هذا الضرر ناتج عن سوء نية أو عن إهماله.

ومن خلال ما تقدم تكمن الحاجة إلى اللجوء إلى مبدأ حسن النية بعد تطور العلم وتقدم المخترعات واتساع نطاق العلم والتقدم الذي سيخلق أنواعاً جديدة من العلاقات لم تكن موجودة قبلاً مصالح من طبيعة معقدة تحمل في طياتها أوسع الفرص والاحتمالات لإضرار الأفراد

---

[١] نوري خاطر ،**الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية**،دراسة مقارنة،"مجلة المنار"،جامعة آل البيت،المجلد التاسع،العدد الثالث،٢٠٠٣،ص ٧٤.

[٢] يزيد نصير،مرحلة ما قبل إبرام العقد،دراسة مقارنة،الجزء الثاني،**عقد التفاوض بحسن نية**،"مجلة المنار" ،جامعة آل البيت،المجلد التاسع،العدد الثالث،٢٠٠٣،ص ١١.

بعضهم ببعض لأنه المبدأ الذي يحقق أخطر وأجل غاية من غايات القانون وهي درء الإضرار من فرد على فرد آخر.

وطالما كان هذا المبدأ يحكم السلوك القانوني عامة،فإن الاهتمام به يبدو أمراً طبيعياً في كل قانون لأن القانون يوضع لتنظيم العلاقات بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين السلطة التي تمثل المجتمع،يكفي أن نستعرض مثلاً،في القانون المدني الأردني بعض المواضيع التي أصدر فيها المشرع أحكامه استناداً لهذا المبدأ،ليتبين لنا بوضوح دور هذا المبدأ وأثره وأهميته وشموله في ميدان العلاقات الحديثة ،ولرسم صورة وافية للمبدأ في القانون المدني،وتعيين موقع تطبيق هذا المبدأ على تنفيذ العقود من مجمل هذه الصورة العامة للمبدأ ،والاستعانة بتطبيقات هذا المبدأ المتنوعة في استخلاص التطبيق الصائب له في تنفيذ العقود.

ففي أحكام الكسب بلا سبب،شدد المشرع في معاملة المدفوع له سيئ النية،بأن الزمه برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء من يوم أن تسلم غير المستحق كما الزمه بالتعويض لقاء ما قصر القابض في جنبه[١].

وفي أحكام دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن،فإن تصرف المدين المنطوي على غش لا ينفذ في حق الدائن،ويشترط أن يكون من صدر له التصرف عالما بهذا الغش،ومجرد علم المدين أنه معسر كان لافتراض وقوع الغش منه ولم ينص المشرع صراحة عليه[٢].

وفي أحكام الحقوق العينية ،يعدّ حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل بأنه يعتدي على حق الغير،وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك،ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه من اغتصب الحيازة عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير،ويعدّ كذلك سيئ النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه ولو اعتقد أن له حقاً في الحيازة[٣].

---

[١] المادة (٣٠٠) من **القانون المدني الأردني.**
[٢] المادة (٣٧٠) من **القانون المدني الأردني.**
[٣] المادتين (١١٧٦) (١١٧٧) من **القانون المدني الأردني.**

وفي أحكام حيازة المنقول،من حاز وهو حسن النية منقولا أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد،والحيازة ذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقم الدليل على عكس ذلك[١]،ويجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية،خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقده أو سرقته أو غصبه[٢].

والقانون يحمي مصلحة الأشخاص حسني النية الذين يركنون في أعمالهم وتصرفاتهم إلى ظواهر الأمور[٣]، ويعتبر هذا الظاهر موافقا للحقيقة الى أن يثبت العكس و من هنا تأتي حماية القانون للأشخاص حسني النية.

ومما يدلل على أهمية مبدأ حسن النية في القوانين المعاصرة ما أورده القانون التجاري الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية،من تعريف لحسن النية بأنه الأمانة بالفعل وإتباع المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل بالتجارة[٥]،بحيث أصبح يتضمن مبدأ يخضع له القانون الأمريكي بأجمعه وينطوي على أهمية بالغة في التطبيق العملي .

---

[١] المادتين (٧٨١) (١١٨٢) من **القانون المدني الأردني.**
[٢] المادة (١١٩٠) من **القانون المدني الأردني.**
[٣] يزيد نصير،**عقد التفاوض بحسن نية**،مرجع سابق،ص ٢٤.
[٤] رومان منير زيدان حداد ,**حسن النية في تكوين العقد** ,رسالة ماجستير غير منشورة،جامعة آل البيت،المفرق،٢٠٠٠،ص ٢،ويشير إلى :
Ranld Anderson,Business Law,١١th,edition,southwestren,pubishing,newyork,١٩٨١.p.١٨٦ .
-أنظر يزيد نصير ،**عقد التفاوض بحسن نية**،مرجع سابق،ص ٢٦،ويشير فيه في الهامش رقم ٤٨،إلى S.I٢٠١٠٩"honestg unfactin the contact of transaction concerned" .

وإذا ذهبنا إلى المجالات العقدية،نرى أن هذا المبدأ هو من المبادئ الأساسية في تشريع العقد[١] وهو مبدأ يسود العقد في جميع مراحله بحيث لا يقصر أثره على إبرام العقد بل يمتد إلى تنفيذه[٢] وانقضائه،فمن أكره إكراهاً معتبراً على إبرام عقد لا ينفذ عقده[٣].

ويكون العقد قابلا للفسخ أيضاً إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد وكما ينبغي في التعامل من حسن النية،أو إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد[٤]،وإذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً كان الحق للعاقد المغبون فسخ العقد[٥].

وفيما يخص محل وسبب الالتزام،يلزم أن لا يكون محل العقد و سببه غير مشروع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً[٦].

ويجوز أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكون ممنوعا قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والآداب وألغي الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً[٧]،ويكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو الآداب[٨]،كل هذه الأحكام تخص صحة تكوين العقد تتضمن مراعاة حسن النية،أما في تنفيذ العقد،فإن المادة(٢٠٢) من القانون المدني الأردني،قد نصت بصريح العبارة على مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية:"١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه

---

[١] يزيد نصير،**مرجع سابق**،ص ٢٣،السيد البدوي،**حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية**،رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة،ص ص ٨٩،٩٠ .

[٢] أحمد حشمت أستيت،**نظرية الالتزام في القانون المدني الأردني**،مطبعة مصر ،القاهرة،١٩٤٥،فقرة ٣٤٥،ص ٢٤١ .

[٣] المادة (١٤١) من **القانون المدني الأردني**.

[٤] المادتين(١٥٢) (١٥٣) من **القانون المدني الأردني**.

[٥] المادة (١٤٥) من **القانون المدني الأردني**.

[٦] المادة (١٦٤) من **القانون المدني الأردني**.

[٧] المادة (١٦٥) من **القانون المدني الأردني**.

[٨] المادة (١٦٥) من **القانون المدني الأردني**.

وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".هو الذي سيكون مدار دراستنا في هذه الرسالة،وقد تضمنت مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود كثير من التشريعات[١].

ويعني هذا المبدأ أن على كل من المتعاقدين أن يختار في تنفيذه لالتزامه بموجب العقد الطريقة التي تفرضها النزاهة والأمانة،وشرف التعامل ،وعليه فالمقاول الذي يتعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء من مكان إلى آخر نظير أجر معين يجب أن يقوم بتوصيله من أقرب الطرق الممكنة،وليس من حسن النية في شيء أن يقوم هذا المقاول بتوصيل أسلاك الكهرباء من مكان آخر نظير أجر أكثر أو قيامه باستعمال مواد غالية أو غير ضرورية ليتخلص مما لديه من مخزون.

وعليه فيلاحظ بأنه إذا كان يقصد بحسن النية في تنفيذ العقد،مراعاة كل من العاقدين صالح العاقد الآخر،أو عدم تعمد إلحاق الضرر وذلك بأن يكون تنفيذه لالتزامه بالطريقة التي مع ما يأمله كل متعاقد من الآخر،فإنها بهذا المعنى على أساسين أثنين:هما :أساس نفسي قوامه نية المتعاقد،وأساس مادي قوامه شرف التعامل ونزاهته.

مشكلة الدراسة:

أن مشكلة دراسة مبدأ حسن النية في مجال تنفيذ العقود يمكن لنا بيانها من خلال التساؤلات التالية:ما هو ألأساس الذي اعتمده القانون المدني الأردني ،وبالتالي هل وضع مبدأ عام في العقود يتعرض من يخالفه إلى الجزاء المناسب وهل يتميز حسن النية بمركز قانوني لا يتمتع به من كان سيء النية؟ وهل احترام هذا المبدأ يفرض على المدين فقط أم يفرض أيضا على الدائن في استعمال حقه؟ وأيضا هل على المدين أن يتجنب الخطأ العمدي في تنفيذ العقد فقط ؟ أم عليه أيضاً تجنب الخطأ الجسيم،الذي يلحق بالخطأ العمد من حيث الآثار ؟.

وهل يكفي أن يكون المتعاقد حسن النية ؟.بمعنى إنتفاء قصده في الإضرار بالطرف الآخر ليوصف بحسن النية المطلق أم عليه أيضاً أن يتصف بقدر معين من اليقظة والحذر والتبصر بغض النظر لكي يتحاشى إلحاق الضرر من غير قصد بالطرف الآخر،أي عن سوء تقدير وإهمال.

---

[١] أنظر المادة(١٥٠) من **القانون المدني العراقي**،المادة(١٤٨) من **القانون المدني المصري**،المادة(١٤٩) من **القانون المدني السوري**،المادة(٢٤٦) من **قانون المعاملات المدنية الإماراتي**،المادة(٢٠٨) من **القانون المدني اليميني**،المادة (٢٤٣) **مجلة الالتزامات والعقود التونسية**،المادة(١٣٣٤) من **القانون المدني الفرنسي**.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة متواضعة لبيان المعاني الفرعية لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وتحليله إلى عناصره و إظهار مختلف جوانب كل عنصر على حده ، و لرفع الغموض عن هذا المبدأ ، و تسهيل العمل به ليصبح و سيلة حية في تحديد ما يجب أن تكون عليه علاقات المتعاقدين .

ومن خلالها محاولة لتحديد فكرة الحق العقدي على ضوء هذا المبدأ من خلال تجنب المدين الخطأ العمد في تنفيذ العقد ، وفيه بيان ماهية الغش و معاييره ، وأيضا بيان الخطأ الجسيم الذي يلحق بالخطأ العمد من حيث الأثر .

وأيضا تهدف من ضمن ما تهدف إليه هذه الرسالة إلى بيان متى توجد القوة القاهرة التي لا تنسب إلى المدين لتعفيه من تنفيذ التزامه استناداً إلى حسن النية المتمثل في عدم إمكان دفع هذه القوة أو تحاشيها !

كل ذلك من خلال جانبي حسن النية،حسن النية وفقا للأساس الشخصي(الذاتي) المتمثل في انتفاء سوء النية لدى المتعاقد بكل الصور والأوضاع ،وفقا الأساس الموضوعي (المادي)لحسن النية المتمثل في تجنب الإخلال بأن يكون الإخلال مقبول في نظر المجتمع والقانون كل ذلك من خلال انسجام كامل مع النظرية العامة لالتزام في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي،والقانون المقارن ما أمكن من أجل الإحاطة بجميع هذه المسائل.

اهمية الدراسة :

تنبع أهمية هذه الدراسة باعتبارها محاولة جديدة لإلقاء الضوء و تسليطه على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال المادة (٢٠٢/١)من القانون المدني الأردني .

وطالما هذا المبدأ يحكم السلوك القانوني عامة ،فان الاهتمام به يعد أمرا هاما في كل قانون بما في ذلك القانون المدني الأردني لأن القانون يوضع لتضيم العلاقات بين الأفراد أنفسهم أو بينهم و بين السلطة التي تمثل المجتمع ، وعلى ما تقدم فهو مبدأ مهيمن على تفكير المشرع بقدر ما يتجلى في كل قانون .

وستكون هذه الدراسة محاولة لعرض دور هذا المبدأ و أثره و أهميته و شـمولـه فـي ميدان العلاقات المدنية عامة ، و محاولة لرسم صورة واضحة المعالم لهذا المبدأ وتعيين موقـع تطبيقه على تنفيذ العقود من خلال تطبيقات القانون المدني الأردني .

خلاصة الدراسات السابقة ذات العلاقة بموضوع الدراسة :

يعد هذا الموضوع بيكرا" من الناحية الفقهية في المجال الأردني ،فـلا يوجـد دراسـة عالجت هذا الموضوع من و جهة التشريع و القضاء الأردني ؤ، إنما وجدت عـدت دراسـات عالجت هذا الموضوع ، وهي رسالة دكتوراه في جامعة القاهرة بعنوان (حول نظريـة عامـة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية) للسيد البدوي لسنة ١٩٨٩ و دراسة قديمة جدا في ظل القانون المدني العراقي بعنوان (مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود) وهي رسالة ماجسـتير فـي جامعة بغداد لسنة ١٩٧٢ لعبد الجبار ناجي صالح .ودراسة ثانية بعنوان (حسن النية في تنفيـذ العقود) للقاضي حسين بن سليمه،وهي عبارة عن رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقـة فـي القانون الخاص بكلية الحقوق بتونس لسنة ١٩٨٦ ، وأيضا جدت بعض الدراسـات فـي هـذا الموضوع تناولت جوانب من هذا المبدأ من خلال جزئيات ضمن مواضيعها المتشعبة .

منهج الدراسة:

يلعب المنهج العلمي دورا" كبيرا في البحث العلمي باعتباره الأداة التي يستخدمها الباحث في مهمته البحثية بهدف الوصول إلى النتائج السليمة و تحديد تلك المناهج ابتداء" من شـأنها أن تسهل عمل الباحث و توضح معالم الطريق ، وعليه فالمنهج الذي سأعتمد عليه في بحثي :

١-المنهج التحليلي :

حيث سأتناول نص المادة (١/٢٠٢) من القانون المدني الأردني المتعلقة بصلب موضوع الدراسة ، بالتحليل و بيان المعايير التي أخذ بها المشرع الأردني و نطاق تطبيقها و استنباط ما هو كامن فيها .

٢-المنهج المقارن: سأتبع المنهج المقارن في بحث يعد حديث على الساحة الأردنيـة و كونه من المواضيع المتشعبة و المترامية الأطراف في كافة مواضيع القانون المـدني الأردنـي ،وعليه فلا بد من اللجوء إلى التشريعات المختلفة التي تبنت هذا المبدأ في صـلب قوانينهـا أو ضمن أحكام قضائها .

٣-المنهج النقدي :نظرا " لطبيعة موضوع الدراسة في حسن النية و أهمية المنهج النقدي و الذي يحصل تكامل المناهج السابقة التحليلي و المقارن ، سيكون النقد البناء في بيان محاسن و مثالب النصوص المختلفة (في القانون المدني الأردني أو القوانين الخاصة أو القوانين المدنية العربية) للوصول إلى تصور كلي للموضوع محل الدراسة خالية من العيوب بقدر الاستطاعة و الجهد .

وارتأينا أن نعرض لموضوع الرسالة في إطار خطة منهجية،نتناول في تمهيد إلى الأصل التاريخي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال حسن النية في تنفيذ العقود في القانون الروماني والشريعة الإسلامية الغراء.

ونبحث في الفصل الأول الأساس الشخصي لمبدأ حسن النية،ونعالج في المبحث الأول شروط حسن النية وفقا للأساس الشخصي للمتعاقد من خلال فكرة الخطأ العقدي وانتفاء الخطأ العمد وانتفاء الغش والتعسف والخطأ الجسيم ،ثم نتحدث في المبحث الثاني عن آثار الإخلال بحسن النية وفقا للأساس الشخصي من خلال القانون الجنائي والأخطاء العقدية والأحكام القانونية العقدية للغش والخطأ الجسيم.

أما الفصل الثاني،فقد خصص لبحث الأساس الموضوعي لمبدأ حسن النية من خلال حسن النية بالأساس الموضوعي وعدم التنفيذ المشروع في المبحث الأول منه والذي يبحث في السبب الأجنبي ينفي الخطأ وواجب الدائن في تيسير التنفيذ(فكرة التعاون) والبواعث المشروعة لعدم التنفيذ ،وفي المبحث الثاني بحثنا في حسن النية وفقا للأساس الموضوعي ومدى العناية الواجبة في التنفيذ من خلال حسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة وحسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بعناية،ثم بينا أخيراً النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة في خاتمة هذه الرسالة.

خطة هذا البحث فهي على النحو الآتي:

تمهيد :الأصل التاريخي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

الفصل الأول:الأساس الشخصي لمبدأ حسن النية.

المبحث الأول:شروط حسن النية وفقا للأساس الشخصي.

المبحث الثاني:آثار الإخلال بحسن النية وفقا للأساس الشخصي.

الفصل الثاني:الأساس الموضوعي لمبدأ حسن النية

المبحث الأول:حسن النية وفقا للأساس الموضوعي وعدم التنفيذ المشروع.

المبحث الثاني:حسن النية وفقا للأساس الموضوعي ومدى العناية الواجبة في التنفيذ.

تمهيد

الأصل التاريخي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود

من المفيد قبل أن نبحث جوانب مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود في قوانيننا الحاضرة،أن نعرف أين نشأ هذا المبدأ،وما هي الفلسفة التي أدت إلى نشوءه وما هي الظروف الاجتماعية التي ساعدت على تعزيزه.وما هي الوظائف التي أداها في المجتمع الذي نشأ فيه،لنخرج من كل ذلك بنظرة واضحة عن طبيعة هذا المبدأ الخلقية التي جعلته موضع تبني الشرائع والأديان قديماً وحديثاً،وإذا انتهينا إلى هذه النظرة عن طبيعة المبدأ سهل علينا إدراك فحواه في قوانيننا الحاضرة؟وذلك أن الماضي يصل الحاضر وأن الفكرة تتكيف دون أن تفقد جوهرها،وسنعالج كل ذلك من خلال حسن النية في القانون الروماني و الشريعة الإسلامية.

أولا :حسن النية في القانون الروماني

كان الاتفاق المجرد غير ملزم لأحد الطرفين ما لم يكن قد أفرغ في عقد تحت إجراءاته الرسمية طبقاً للأوضاع التي رسمها القانون.فالاتفاق وحده لم يكن كافياً لإنشاء التزام يؤيده القانون بدعوى[١]،إذ نصت موسوعة جستنيان:(لا تنشأ من الاتفاق المجرد أية دعوى وإنما ينشأ عنه دفع فقط)[٢]وكان هذا النظام متفقاً مع الحالة القديمة لقلة المعاملات،إذ لم يكن القانون

---

[1] هناك قوانين قديمة شرقية عرفت مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال تنظيمها للعقود عندها،حيث نصت شريعة حمورابي عام ٢٠٠٠ق.م على قيام العامل ورب العمل بتنفيذ التزاماتها بحسن نية لتسترعي الإعجاب وتدل على ترسيخ مبادئ العدالة ومنها المادة(٤٨)إثر الظروف الطارئة،فتقرر إعفاء المدين الذي يهلك زرعه بفعل الفيضان من تقديم حبوب إلى دائنه في ذلك العام وتعفيه أيضاً من الفوائد لتلك السنة.أشار إلى ذلك عبدالسلام الترمانيتي،**محاضرات في تاريخ القانون**،الطبعة الأولى،منشورات جامعة حلب ١٩٦٤،ص٥٥ .

[٢] محمد عبدالمنعم بدر ،**القانون الروماني**،الكتاب الثاني في الأحوال،دار النشر الحديث،القاهرة،١٩٥٤،ص٥٢٩.

-عمر ممدوح مصطفى،**القانون الروماني**،الطبعة السادسة،دار المعارف،الإسكندرية،١٩٦٦-١٩٦٧،ص٤٦٦.

الروماني يتضمن أحكاماً لحالات الرهن والوديعة العارية والإكراه والغش والخطأ في التعاقد،وقد ترك هذه الحالات لحكم الشرف وحسن النية والرأي العام وكان كل منها قوي الأثر في النفوس كفيلاً بأداء الواجبات والحقوق[١]كما كان هذا النظام متفقاً مع التقاليد والمظاهر الشكلية التي كان يحرص الرومان عليها،إذ كان لهذا النظام فوائده كما كانت لـه مضـاره،فهو أضـمن للدقـة والوضوح في بيان التزامات المدين،وأسهل في الإثبات وفصل النزاع بالاستناد إلى ما صدر من العبارات في العقد دون البحث في نية المتعاقدين،ولكن فيه عرقلة للمعاملات وضياعاً للوقت في حضور الطرفين واتمام الرسميات،وغبناً للمدين أحياناً حيث يصبح ملزماً بتعهده في عقد رسمي ولو كان وقاعاً في غلط أو مخدوعاً أو مكرهاً[٢].

ولكن بتطور الحضارة الرومانية واتساع أرجاء الدولة والنمو المتزايد للتبادل والنشـاط التجاري،نالت الأفكار القانونية تقدماً أكثر،مما أدى إلـى إعطـاء الإرادة قسـطاً مـن الأثـر القانوني،والتجارة تستلزم سرعة العمل واختزال الوقت بين الحاضرين والغائبين واتضح كـذلك أنه ليس من الإنسانية أن يترك أحد الطرفين لغش الطرف الآخر أو إكراهه على التعاقد فأصبح للأخلاق والديانة والعدالة الطبيعية أثر خطير في النصوص القانونية وعلى الأخص في العصر الإمبراطوري بفضل الفلسفة اليونانية والتعاليم المسيحية حتى قيل بأن القانون الروماني أصـبح مبنياً على الأخلاق والعقل لا على الرسوم والتقاليد،ولذا فإن المشرع لم يحم الأخـلاق إلا عنـد فساد الأخلاق[٣].

-أحمـد إبـراهيم حسـن،**تـاريخ الـنظم القانونيـة والاجتماعيـة**،الـدار الجامعيـة للطباعـة والنشر،بيروت،١٩٩٦،ص٥٩٧.

(١)علي بدوي،مبادئ **القانون الروماني**،الطبعة الأولى،مطبعة مصر،القاهرة،١٩٣٦،ص١٨.

(٢)المرجع سابق،ص١٧٦.

-عمر مصطفى،مرجع سابق،ص٤٦٨.

-ميشيل فيليه،**القانون الروماني**،ترجمة وتعليق هاشم الحافظ،منشورات جامعة بغداد،بغداد،ص١٢٧.

[٣] علي بدوي،**مبادئ القانون الروماني**،مرجع سابق،ص ١٨.

إن أثر الفلسفة اليونانية في حماية الأخلاق الرومانية تجلى في تبني الفقهاء الرومانيين لنظرية القانون الطبيعي اليوناني[١]،هذه النظرية التي تتضمن مراعاة ما يمليه العقل والطبيعة الإنسانية وما يجري عليها العرف،وبهذا المعنى فإن القانون الطبيعي أرفع مقاماً من القوانين الوضعية لأن أفكاره تتجاوب مع ما يتطلبه البشر بوصفهم بشراً لا عبرة بما يفرق بينهم من عوامل مصطنعة أو تحكمية وهي الأفكار مستوحاة من إرادة علوية.

ولقد كان لاستناد القضاة الرومانيين إلى هذا المبدأ في أعمالهم القضائية أكبر الأثر في ترسيخه وانتشاره كما أن لجوئهم إليه كان عاملاً مهماً في المحافظة على مرونة القانون الروماني واغنائه وجعله يلائم باستمرار مقتضيات الحياة الاجتماعية المتطورة،من خلال تلافي أي قصور في القانون،والنظرة إلى الفرد وإلى المجتمع نظرة عقلية وهادفة إلى سعادة الفرد من خلال المجتمع فأصبح القانون الروماني بحق(موضع احترام الشعوب قديماً وحديثا)[٢].

لقد أصبح مفهوم(العدالة)النقيض التام لمفهوم(الغش).وساد المذهب التفسيري[٣]الذي يوجب–أينما كان ممكناً–الاهتمام بالنية بدلاً من الشكل فأصبح هذا المذهب الضمانة ضد الإهمال والأخطاء العفوية في العقد و الإبراء من الدين, وبالتالي يجب بيان أنواع عقود حسن النية و خصائصها في القانون الروماني .

أنواع عقود حسن النية وخصائصها في القانون الروماني

في العصر العلمي[٤]ظهرت عقود جديدة مبنية على حسن التعامل[٥]وهي نوعان:

---

[١] عبدالفتاح عبدالباقي،**نظرية القانون**،الطبعة الخامسة،مطبعة نهضة مصر ،القاهرة،١٩٦٦،ف٣٤،ص٤٠.

[٢] إن فكرة القانون الطبيعي،تعني وجود قواعد قانونية أسبق وأعلى من القانون الوضعي؛خالدة وثابتة،وتصلح في الزمان والمكان أي أنه لا يدين بوجوده لإرادة المشرع كما أنه قانون مستقل عن القانون الوضعي ويعلو عليه، أنظر :منذر الشاوي،**مذاهب القانون**،مركز البحوث القانونية،بغداد،بغداد،١٩٨٦،ص١٣.

[٣] إن فكرة المذهب التفسيري تعني،كل جهد عقلي وعملي مدروس يربط القاعدة القانونية بالواقع الحي،انظر في ذلك،محمد شريف أحمد،**نظرية تفسير النصوص المدنية**،دراسة مقارنة بين الفقهي المدني والإسلامي،مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية،بغداد،١٩٨٢،ص١٣.

[٤] وهو العصر الذي يبتدئ في حوالي سنة ١٣٠ق.م،بصدور قانون ايبوتياوتنتهي بحكم الإمبراطور دقلديانوس عام ٢٨٤م).

[٥] محمد عبدالمنعم بدر،**القانون الروماني**،مرجع سابق،ف ٢/٦٠٧ ،ص ٥٣٢.

أولا:-عقود رضائية:-وهي تنعقد بمجرد التراضي وتشمل:-

١-عقود البيع

٢-عقد الإجارة

٣-عقد الشركة

٤-عقد الوكالة

ثانيا:-عقود عينية:-وهي تنعقد بتسليم العين،كل العقود وتشمل عقود الثقة أو الائتمان وعقد عارية الاستعمال وعقد الوديعة وعقد الرهن الحيازي وعقد القرض...[١]

وإن خصائص عقود حسن النية التي ميزتها عن العقود الرسمية كانت تتضح في الوجــوه التالية:-

أولا:-من حيث تكوين العقد:-

لا تنعقد العقود الرسمية إلا بتمام الإجراءات الرسمية.أما عقود حسن النية فتنعقد بمجــرد الاتفاق والتراضي في العقود الرضائية وبتسليم العين في العقود العينية.

ثانيا:-من حيث إلزام الطرفين:-

العقود الرسمية عقود ملزمة لجانب واحد أي لا ينشأ عنها سوى التزام على طرف واحــد هو المدين الذي تعهد بها،بينما عقود حسن النية(عدا عقد القرض)عقود تبادلية بمعنى أنها ملزمة للطرفين فكل منهما دائن ومدين.

---

[١] علي بدوي،**مبادئ القانون الروماني**،مرجع سابق،ص١٨٦.

وكان لا بد من وصف العقد بأنه تبادلي لكي يصبح في الإمكان إخضاع تنفيذه لمبدأ حسن النية[١].إذا أن العقود الملزمة لجانب واحد كانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذوكان لا مناص من وصف عقد الوديعة بأنه عقد ملزم لجانبين غير تام بينما هو عقد ملزم لجانب واحد أصلاً وهو المدين،ولكن إضفاء هذه الصفة عليه لم يكن القصد منه سوى إخضاعه لمبدأ حسن النية بقصد إجبار المودع على تعويض المودع عنده في حالة ما إذا أصابه ضرر في الشيء المودع أو في حالة إنفاقه على الشيء مصروفات ضرورية.

ثالثا:-من حيث تفسير العقد:-

للقاضي السلطة التقديرية عند الفصل في عقود حسن النية فله أن يفسر الالتزامات الناشئة عنها بما يقتضيه حسن النية والشرف في المعاملات فهو يتقيد بنية المتعاقدين،أي بما قصده الطرفان من التعاقد،فالعبرة فيها بالمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني،فـ (العقود تفسر لصالح المدينين)[٢] و (عبارات العقد تفهم على ما كان لها من معنى وقت وضعها.. و .. تحمل المعاني على العرف(اللغوي) المقارن دون الطارئ)[٣]،أما العقود الرسمية فالقاضي مقيد بعبارات العقد وألفاظه ويتعين عليه إلزام الطرفين بتنفيذها حرفياً دون البحث فيما قصداه من العقد ولهذا كانت العقود الرسمية تدعى بعقود القانون حرفية التنفيذ[٤].

---

[١] محمد عبدالمنعم بدر ،**القانون الروماني**،مرجع سابق،ف ٦١٤،ص ٥٣٦،عمر ممدوح مصطفى،**مرجع سابق**،ص ٤٥٧.

[٢] عبد العزيز فهمي،**مدونة جوستنيان في الفقه الروماني**،أصول وتقريرات خاصة بالالتزامات والمتعاقدان،رقم ٢٧،دار الكتاب المصري،القاهرة،١٩٤٦،ص ٢٣٨.

[٣] المرجع السابق،نفس الأصول والتقريرات،رقم ٣٠،ص ٢٤٥.

[٤] علي بدوي،**مبادئ القانون الروماني**،مرجع سابق،ص١٧٧،محمد عبدالمنعم بدر ،**القانون الروماني**،مرجع سابق،ف ٢/٦٠٧،ص ٥٣٢،عمر محمود مصطفى،القانون الروماني،مرجع سابق،ص ٤٧٠.

ثانيا :حسن النية في الشريعة الإسلامية

باستقراء الأيات القرآنية الكريمة،وأحاديث السنة النبوية الشريفة وفي أقوال الفقهاء المختلفة نرى أن الشريعة الإسلامية تحرص على أن يتصف المتعاملون بحسن النية.

وفي هذا الاتجاه يقول الحمصاني:"إن العقود مبنية على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع،فالوفاء بالعقود كالوفاء بالعهود وهي جميعاً من نتائج الأمانة والصدق"[١].

ونرى في ذلك يحث المتعاقدين على التحلي بمكارم الأخلاق كالأمانة و الوفاء بالعهود وتجنب التعسف في استعمال الحق بالتزام جانب العدل والإحسان،ونستدل على ذلك بآيات قرآنية نذكر منها:- قوله تعالى:**{إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها..}**[٢].

{يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود }[٣].

{لا تنسوا الفضل بينكم}[٤].

{إن الله يأمر بالعدل والإحسان}[٥].

{يا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشيائهم}[٦].

ومن الأحاديث النبوية الشريفة التي فصلت الأحكام السابقة،قول الرسول عليه الصلاة والسلام لمعاذ بن جبل:"أوصيك بتقوى الله،وصدق الحديث،ووفاء العهد،وأداء الأمانة وترك الخيانة"،وقوله عليه السلام :"خيركم أحسنكم قضاءً" و "من غشنا فليس منا"[٧]. وهذا الأمر يتعلق بأداء الالتزامات.

---

[١] صبحي الحمصاني،**الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية**،دار العلم للملايين،القاهرة،١٩٧٣،ص ٤٩٦.
[٢] سورة النساء،**آية** رقم ٢٨.
[٣] سورة المائدة،**آية** رقم ١.
[٤] سورة البقرة ،**آية** رقم ٢٣٧.
[٥] سورة النمل،**آية** رقم ٩٠ .
[٦] سورة هود،آية رقم ٨٦ .
[٧] الغزالي،أبو حامد محمد بن محمد،**إحياء علوم الدين**،الجزء الثاني،دار الفكر اللبناني،بيروت،طبعة ١٩٦٨،ص ص ١٧٥، ١٧٦ .

ومن أقوال الفقهاء ما ورد في مجلة الخليل في فصول تعرضت إلى إشكالية تنفيذ العقـد وسوف نتعرض إليها وإلى التعليق الذي قام به هؤلاء الفقهـاء ونـذكر علـى سـبيل المثـال الفصول(٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣٢ ، ٤٥١)من هذه المجلة[١].

فالفصل(٤٢٩) جاء به(فإذا تجاهدا فالرهن بما فيه)والفصل (٤٣٠) علـى (واعتبـرت قيمته يوم الحكم أن بقي ومن يوم التلف أو القبض أو الرهن إن تلف أقوال).
وهذا يدل أن في حالات النزاع حول تنفيذ عقد الرهن تطبق الفصول المذكورة أعلاه.

وفي نفس الاتجاه ينص الفصل(٤٣٢) على أنه (للغريم منع من أحاط الدين بمالـه مـن تبرعه وسفره،إن حل بخيبته وإعطاء غيره قبل أجله وكل ما بيده كإقراره لمـتهم عليـه علـى المختار والأصح).ومما سبق نستطيع القول أن الدائن يمكنه منع المدين من أي عمل يصير تنفيذ العقد به مستحيلا أو صعبا .

وقد نص الفصل(٤٥١) أيضاً على (وقوم مخالف النقد يوم الحصاص واشترى له منـه فصه ومعنى إن رخص أو غلا).

ويدل على أن ضبط قيمة الالتزام يعني يتم يوم المحاصة وذلك يتعلق بتنفيـذ الالتـزام الناشئ عن عقد شركة[٢].

ولم يرد في الشريعة الإسلامية نظرية عامة في الالتزامات واقتصرت على دراسة كـل حالة على حده وهذا الأمر الذي يراه البعض عيباً وثغرة في الفقه الإسلامي يعتبره البعض الأخر أقرب إلى العدل والإنصاف؛وذلك بمراعاة وضعية المدين وحسن نيته في تنفيذ العقد[٣]،وقد عبر عن ذلك فاضل النعيمي حيث قال:" إذا كان الفقه الإسلامي لم يضع نظرية عامة ولم يفرد لهـا بحثاً مستقلاً لا في نظرية الظروف الطارئة ولا في غيرها من النظريات فهو يعالج مسألة حالة

---

[١] أشار إليه:حسين بن سليمة،**حسن النية في تنفيذ العقود**،حسب أحكام الفصل(٢٤٣)من المجلة المدنية التونسية،رسالة ماجستير منشورة،كلية الحقوق،تونس،١٩٨٦،ص١٢,وقد استخدم المشرع التونسي تعبير الامانه في التنفيذ بدل حسن النية .
[٢] أشار إليه:حسين بن سليمة،**حسن النية في تنفيذ العقود**، المرجع السابق،ص ص ١٢،١٣ .
[٣] عبدالرزاق السنهوري،**مصادر الحق في الفقه الإسـلامي**،دراسـة مقارنـة بالفقـه الغربي،الجـزء السادس،الطبعة الأولى،دار إحياء التراث العربي،بيروت،١٩٩٧،ص ٣٨.

ويضع لها حلولا عملية ينساب فيها تيار فقهي من المنطق القانوني المنسق،هذا من جهة ومــن جهة أخرى فإن الفقه الغربي أضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة؛لأن قــوة العقــد الملزمة قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منهــا نــزولاً إلــى مقتضــيات العدالة،أما في الفقه الإسلامي حسب مقتضيات العدالة تسود عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقــد دون أن يــرى الفقهاء دواعي لصياغة نظرية يرجع إليها لتبرير ذلك ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجــأ إليها دون تبرير"[١].

وقد ولد الشرع الإسلامي في عهد أعراف ترى الوفاء بــالعقود مــن مكــارم الأخلاق ومن المروءة فأقر مبدأ الوفاء بالعقود والشروط منذ البداية وقد ولد الشرع الإسلامي وهو يرى البيع ناقلاً للملكية بينما لم يكن البيع ناقلاً للملكية في ظل الشرع الروماني[٢].

ولما كانت الشريعة الإسلامية موضوعة لصالح العباد فقد تطلبت من المكلــف أن يكــون قصده في العمل موافقاً لقصد التشريع،وهذا يعني أن نية المرء صالحة وأن يكون يؤدي قصــده من استعمال حقوقه مشروعاً يتفق مع الصالح العام بأوسع معانيه وأن يؤدي التزاماته دون غش أو إهمال[٣].

---

[١] فاضل شاكر النعيمي، **نظريــة الحــوادث الطارئــة بــين القــانون والشــريعة**،رســالة دكتــوراه منشورة،مطبعة دار الجاحظ،بغداد، ١٩٦٩،ص ١٨.

[٢] أنظر في هذا المعنى،صلاح الدين الناهي،**النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف**،مطبعــة أسعد،بغداد ،١٩٦٨،ص ٢٩٧.

-محمد وحيد الدين سوار،**الشكل في الفقه الإسلامي**، مكتبة دار الثقافة،عمان،١٩٩٨،ص ٣٧.

-محمد وحيد الدين سوار،**الاتجاهات العامة في القانون المــدني**،دراســة موازنــة بالفقــه الإســلامي والمدونات المدنية العربية،الطبعة الثانية،مكتبة دار الثقافة،عمان،٢٠٠١،ص ٢٧.

-عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطري،**شــرح القــانون المــدني الأردني،مصــادر الحقــوق الشخصية(الالتزامات)** ،دراسة مقارنة،اربد،١٩٩٧،ص ٢٨.

[٣] حسين عامر،**التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود**،الطبعة الأولى،مطبعــة مصــر،١٩٦٠،ف ٤٠ ،ص ٢٤.

وكان من مظاهر الحرص على صيانة العدل والتوازن بين مركـــزي المتعاقــدين علـــى الدوام،تحريم الربا والغبن في العقود[1].

[1] ابـــن عابـــدين،**رد المحتـــار علـــى الـــدر المختـــار**،الجـــزء الســـادس،المطبعة الكبـــرى الأميرية،القاهرة،١٣٢٣هـــ ،ص ص ١٤٣،١٦٦ .

-الغزالي،**إحياء علوم الدين**،مرجع سابق،ص ٧٩.

-صلاح الدين الناهي،**النظرية العامة**،مرجع سابق،ص ٤٠٦.

الفصل الأول

الأساس الشخصي لمبدأ حسن النية

أن حسن النية وفقا للأساس الشخصي(الذاتي)للمتعاقد هي وضعية المتعاقد الذي لا ينوي الإضرار بالمتعاقد الآخر ولا ينوي كسب منفعة غير مشروعة على حسابه..

وحسن النية أمر مفترض وهو قرينة رغم أن المشرع الاردني لم يفترضه إلا في مواضيع معينة[١].وعلى ذلك فلا يمكن نفيه إلا بإثبات سوء النية،وهذا الإثبات يمكن أن يتم بجميع طرق الإثبات[٢].ولابد لسوء النية من مظهر أو تعبير وهذا المظهر أو التعبير هو من قبيل الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بالبينة وهي إقامة الدليل أمام القضاء،بالطرق التي حددها القانون على و جود واقعة قانونية ترتب آثارها كما يمكن إثباتها بالقرائن وهي التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة أيضا تفريعا على.... [٣].

ولكن سوء النية وعلى أية حال لا يمكن افتراضه بل لا بد من أن تنصب البينات والقرائن على استطلاع الحالة النفسية للمتعاقد والنفاذ إلى ضميره لمعرفة النية أو الباعث الذي لابس عمله،وإذا كان التحقق من نية المدين بطرقة ذاتية ليس من السهل دائما فإن القضاء يسمح لنفسه باستخلاص سوء النية من الخطأ الجسيم،وفي هذه الحالة يكون الخطأ الجسيم قرينة موضوعية على الخطأ العمد وليس ملحقاً به[٤].

---

[١] عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني**،الإثبات وآثار الالتزام،الجزء الثاني،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٥٦،ص ٦٠٠،هامش ١.

[٢] عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني**،الجزء الثاني،المرجع السابق،ص٦٢٧،هامش١ .

[٣] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري،**الالتزامات**،الجزء الثاني،مطبعة دار الكتاب العربي،القاهرة،ص ٤٢٩.

[٤] عبد الجبار ناجي،: **مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،رسالة ماجستير غير منشورة،كلية الحقوق،جامعة بغداد،١٩٧٢،ص ٣٤

ولكن سوء النية يبرر وصف الخطأ بالعمد،هو نية الإضرار التي تنم عن انحطاط خلقي،بأن يكون الإضرار هو الهدف الأول من فعل الفاعل دون أن توجد أية مبررات مشروعة لنيته بإيقاع الضرر.

ولكن هل الخطأ العمد يقاس بمعيار موضوعي شأنه شان خطأ الإهمال أم أنه من الضروري الاعتماد على المعيار الذاتي أيضاً بكون انه لا يمكن بحال الاستغناء عن التأكد من اتجاه النية نحو الإضرار باعتبار أن الخطأ العمد هو ما يتوجب الرجوع فيه إلى ضمير الفاعل لكشف نية الإضرار ،أما الخطأ غير العمد فيمكن التعرف عليه دون ضرورة لكشف مثل هذه النية؟وذلك أن سوء النية أمر ذاتي،أي يتولد في نفس الفاعل وضميره،ولا يمكن الكشف عنه من خلال مظاهره الخارجية،وقد أهتم المشرع بمحاربة سوء النية فأوجد جملة من الأحكام الخاصة والزاجرة لمواجهة الأضرار الصادرة عنه .

وحتى نلقي الضوء على هذه الأحكام أفردنا الفصل الأول من رسالتنا لحسن النية بالأساس الشخصي وقد بحثنا على تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول شروط حسن النية وفقا للأساس الشخصي،ونخصص المبحث الثاني لدراسة آثار الإخلال بحسن النية وفقا للأساس الشخصي .

المبحث الأول

شروط حسن النية وفقا للأساس الشخصي

لا يقال عن متعاقد بأنه حسن النية وفقا للأساس الشخصي(الذاتي)،إلا إذا انتفى عنه سوء النية،ومظاهر سوء النية هي الخطأ العمد،الغش،والتعسف في استعمال الحق بسوء نية،والخطأ الجسيم باعتباره ملحقاً بالغش.

شروط حسن نية المتعاقد[1] أربعة هي:- انتفاء الخطأ العمد وانتفاء الغش وانتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء نية وانتفاء الخطأ الجسيم،وقبل الدخول في هذه الشروط من الضروري تناول فكرة الخطأ العقدي بصورة عامة قبل بيان الأنواع الخاصة من الخطأ العقدي،والتي بانتفائها عن المتعاقد يصح القول عنه بأنه حسن النية بالأساس الشخصي (الذاتي)،وهكذا سنقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب،نخصص الأول لفكرة الخطأ العقدي ،ونبحث في الثاني،انتفاء الخطأ العمدي،ونتناول في الثالث انتفاء الغش وفي الرابع انتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء نية،أما الخامس فنخصصه لانتفاء الخطأ الجسيم.

المطلب الأول

فكرة الخطأ العقدي

لا يدرس الخطأ لذاته،بل باعتباره ركناً من أركان المسؤولية المدنية الشخصية،هذه المسؤولية التي لن تتحقق إلا بتوافر أركان ثلاث هي:-

١-الخطأ ٢-الضرر ٣-العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لذا فإن تحقق الخطأ في جانب المتعاقد يعني التمهيد لمساءلته مدنيا عند توفر أركان المسؤولية الأخرى،ففكرة الخطأ نمت وتطورت في ظل المسؤولية المدنية ولا يمكن فهمها حق الفهم بمعزل عنها،أما ارتباط فكرة الخطأ بحسن النية،فيتجلى في أن(حسن النية)بمعناه الكلي،أي

---

(١) ونعني بالمتعاقد هنا الطرف الذي يطلق عليه لقب المدين تارةً وهو يؤدي التزاماته،ويطلق عليه لقب الدائن وهو يستوفي حقوقه المقابلة للالتزامات التي أداها.

بركيزتيه الشخصي(الذاتي) والموضوعي معاً،ينفي الخطأ،أي يهدم أحد أركان المسؤولية،ومن ثم لا جزاء مع حسن النية.

ويعتبر المدين مرتكباً خطأ بحق الدائن،إن هو لم يقم بتنفيذ التزامه العقدي،أو تأخر في تنفيذه،أو حتى إن نفذه بشكل معيب،وهذا الخطأ وبهذه الصورة يعد انحرافاً في سلوك المدين يؤدي إلى مساءلته سواء أكان الانحراف إيجابياً أم سلبياً.ومعياره هو أن هذا الانحراف في السلوك لا يأتيه الرجل المعتاد إذا وجد في ظروف مشابهة للظروف المحيطة[١]بالمدين،وبعبارة أخرى إن سلك المدين تجاه الالتزام بما في مسلك الشخص العادي تجاه أمور نفسه،إذ الإنسان السوي لا يمكن أن يخل بالتزاماته تجاه الغير،ما لم تقم أسباب خارجة عن إرادته[٢]،وفي هذا الصدد تقول المادة(١/٣٥٨)من القانون المدني الأردني أنه: (إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه،فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود،هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك).

ولم يعرف المشرع الأردني الخطأ العقدي إنما ترك للفقه هذا الدور وقد ورد كثير من التعريفات للخطأ العقدي ومن هذه التعريفات:- أنه(الإخلال بالتزام سابق ينشأ عن القانون أو العقد أو قواعد الأخلاق)[٣]أما تعريف آخر فإنه يذهب في تعريف الخطأ إلى وجوب توافر شرطين كل منهما يعتبره جوهرياً أولهما مادي ومؤداه المساس بحق للغير وأما ثانيهما وهو نفسي فإنه يتأذى في إدراك أو ما كان ليمكن إدراكه لما يعتبر مساساً بذلك الحق للغير[٤]،وقد عرف الخطأ العقدي بأنه(عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد،أياً كان السبب في ذلك)[٥].

---

[١] عدنان السرحان،نوري خاطر،**شرح القانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص٣١٣.

[٢] ياسين الجبوري،**المبسوط في شرح القانون المدني**،الجزء الأول،مصادر الحقوق الشخصية،المجلد الأول،نظرية العقد،القسم الثالث،آثار العقد وانحلاله،دراسة موازنة،الطبعة الأولى،عمان،دار وائل للطباعة والنشر،٢٠٠٢،ص٣١٢.

[٣] حسين عامر،**المسئولية المدنية،التقصيرية والعقدية**،الطبعة الأولى،مطبعة مصر،القاهرة،١٩٥٦،ص١٦٩،والذي يشير فيه الى بلانيول .

[٤] حسين عامر،**المسئولية المدنية**،المرجع سابق،ص١٧٣،ويشير فيه الى ديموج .

[٥] عبدالرزاق السنهوري،**الوجيز في شرح القانون المدني**،نظرية الالتزام بوجه عام،الجزء الأول،دار النهضة العربية،١٩٦٦،ص٢٥٣.

ونجد من التعاريف السابقة للخطأ على أن للخطأ العقدي كما للخطأ التقصيري عنصرين هما:-

أولاً:-العنصر الموضوعي:-

هذا العنصر يعني عدم المشروعية أو الواجب الذي تم التجاوز عليه أو الضرر الحاصل دون حق أو التجاوز على قاعدة من قواعد السلوك.ويجب ألا يفهم عدم المشروعية علـــى أنـــه الضرر الحاصل،بل يجب أن ينصب على سلوك الفاعل،فليس كل فعل يعني عملاً غير مشروع.

إن عدم المشروعية أمر يعود تقديره إلى المجتمع،لا إلى الفرد نفسه(١).ولهذا فإن سلوك الشخص يقيم من قبل الغير،والسلوك بهذا المعنى هو مظهر خارجي،فالعنصر الموضوعي للخطأ إذن عمل غير مشروع موضوعياً وهو العمل الضار الذي بعد في ماديته عن خاصيه تســتثير اللوم الاجتماعي(٢).

والشريعة الإسلامية تقر صراحة وجوب الاحتكام إلى المجتمع بشأن تقرير صحة عمل ما،فقد جاء في السنة النبوية الشريفة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم(ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)(٣)ومفاد الحديث أن الفعل القبيح تترتب عليه المسؤولية الدينية والوضعية،وأن أساس المسؤولية القانونية عند الإسلام فيما لم يرد.

والقانون الألماني يعبر عن وجهة نظر المجتمع(الآداب الحسنة)فما كان من الأعمال متفقاً معها،كانت أعمالاً تحظى بحماية القانون،والمقصود بالآداب الحسنة،(مجموعة الأفكار الســائدة فعلاً بين متوسطي الخيرين من الناس)(٤).

---

(١) عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٤٤،نقلا فيه إلى ريبير،القاعدة الخلقية في الالتزامات،١٩٤٩،فقرة ١١٢،ص٢٠٠.

(٢) عبدالجبار ناجي،**المرجع السابق**،ص٤٤،نقلا إلى قرار محكمة باريس في ٢١حزيران١٩٦٢.

(٣) محمد أمين ابن عابدين،**رد المختار على الدر المختار**،شرح تنوير الأبصار،الطبعة الأولى،دار الكتب العلمية،بيروت،١٩٩٤،ص٣٨.

(٤) توفيق حسن فرج،**نظرية الاستغلال**،مرجع سابق،فقرة١٢٧،ص٣٢٣.

والعنصر الموضوعي للخطأ يكون إما على صورة ترك تنفيذ الواجب أو العمل على ما يخالف ذلك الواجب.أما النوايا والرغبات المستترة التي لا تظهر إلى حيز الوجود بصورة من الصور فلا مسؤولية قانونية عليها.

ولا يقل أثر الترك عن أثر العمل في الجانب الموضوعي من الخطأ،وفي ذلك تقول إحدى القواعد الرومانية: (ترك الفعل فعل،لأن معنى الترك توجه الإرادة نحو الإمساك عن الفعل،ولا شك أن في هذا الإمساك فعلاً)[١]وقد لا يرد الفعل الإيجابي أو الموقف السلبي(الترك)بمناسبة تنفيذ ما التزم به المدين،بل قد يرد أي منهما بمناسبة استعمال الدائن لحق من حقوقه.

ثانياً:-**العنصر المعنوي**:-

ويعني العنصر المعنوي بأن من خرق واجبه القانوني لا يكون مخطئاً بمجرد فعله هذا،بل لا بد من تقصير ينسب إليه،فالعنصر المعنوي ينطوي على النية الضارة المستنكرة اجتماعياً أو على مجرد توفر الوعي والتمييز لدى مرتكب الإهمال أو عدم التبصر[٢]،والنية هي الإرادة المتجهة نحو هدف ما،أما الإرادة ذاتها فهي تعبير عن حرية التصرف والحركة.

إن الأعمال القانونية تصدر عن الإرادة فهي الميزة الأولى للإنسان،والعلاقات القانونية هي تلك العلاقات القائمة بين أفراد عقلاء ذوي إرادة،والقواعد القانونية لم توضع إلا لكي تطبق عليهم،لذا فإن العنصر المعنوي في الخطأ هو(الأصل)وما العنصر الموضوعي للخطأ إلا عمل خارجي قد يكون الدافع أليه سوء نية مرتكب الخطأ أو عدم كفاية إرادته وقد لا يوجد دافع من هذا القبيل،فلا يقوم خطأ.

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بدور العنصر المعنوي في الأعمال القانونية فقد جاء في الحديث النبوي الشريف: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)وقد اعتمد هذا الأصل لتقرير قاعدة كلية في مجلة الأحكام العدلية بما تنص عليه المادة(١٢)منها على أن(الأمور

---

[١] عبدالعزيز فهمي،**مدونة جستنيان**،باب تقديرات وأخلاقيات،مرجع سابق،ص١٦٠.
[٢] عبدالجبار ناجي،**حسن النية في تنفيذ العقود** ،مرجع سابق،ص٤٩.

بمقاصدها)[١]ومعنى هذه القاعدة أن الأعمال مرتبطة بالبينات ومقيدة بها،فالنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات وهي المرجع في الحكم على الأعمال من حيث الحل والحرمة والفساد[٢].ولا يجوز القول بتوفر العنصر المعنوي للخطأ عند الإنسان ما لم يكن مميزاً ومدركاً،فلا يعتد بالإرادة في حالة العوارض التي تصيب الملكات الذهنية،والحالة الذهنية السليمة هي في حالة توفر الحرية والوعي،فالتصرف الحر للإرادة هو الشرط الذي لا بد منه إذا ما أريد ترتيب الآثار القانونية على الإرادة.

وقد يثور الشك بالنية إلى اشتراط التمييز والإدراك لترتيب المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية وفي القانون المدني الأردني،فقد نصت المادة(٢٥٦)من القانون المدني الأردني على أن: (كل إضرار بالغير يلزم فاعله،ولو غير مميز بضمان الضرر).

وبهذا يكون الشخص ضامنا للضرر الذي يسببه للغير بفعله،بأن يكون قد أتى عملاً يتصف بعدم المشروعية وبهذا فقد اختار المشرع الأردني إطلاق اصطلاح(الإضرار)على العمل غير المشروع[٣].

وقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني[٤]أن هذا القانون قد عرض(بالضبط والتحديد لأحكام مختلفة تتعلق بالأحكام العامة في الفعل الضار فحدد أولاً إن الأضرار هو مناط المسؤولية ولو صدر عن غير مميز)وإن لفظ(الإضرار)في هذا

---

(١) **مجموعة الأحكام العدلية**.

(٢)ابن قيم الجوزية،**أعلام الموقعين**،الجزء الثالث،١٧٥١هـ،ص٩٢.

(٣)عدنان السرحان ونوري خاطر،**شرح القانون الأردني**،مرجع سابق،ص٣٧٦.

(٤) **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**،إعداد المكتب الفني في نقابة المحامين الأردنية،الجزء الأول،الطبعة الثالثة،عمان،١٩٩١،ص٢٧٥.

المقام(يغني)عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير كاصطلاح(العمل غير المشروع)أو(العمل المخالف للقانون)...

كما نصت المادة(٢٥٧)من القانون المدني الأردني أيضاً على(١-يكون الإضرار بالمباشر أو التسبب ٢-فإن كان بالمباشر لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر).

كما نصت المادة(٢٥٨)منه على(إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر).وهذه الأحكام محورة عن أحكام الفقه الإسلامي.

وبهذا فإن القانون يجعل المباشر[١] للإتلاف ضامنا سواء تعمد الإتلاف أو لم يتعمد وسواء كان متعدياً أو لم يكن[٢]،فإن كان مباشر الإتلاف متعمداً،فإنه سيء النية والعنصر المعنوي للخطأ يعد متحققاً وبالتالي فهو ضامن ،أما إذا وقع بالتسبب،يشترط التعدي أو العمد أو يكون الفعل مفضياً إلى الضرر.

وإن كلمتا(التعمد)و(التعدي) ليستا مترادفتين،إذ أن المراد بالتعمد تعمد الضرر لا الفعل والمراد بالتعدي ألا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل،الذي حصل منه الضرر والشخص قد يتعمد الفعل،ولا يقصد به الضرر،ولكن يقع الضرر نتيجة غير مقصودة.الذي يراد به الإخلال بواجب قانوني على قصد الإضرار،أو على الأقل إمكان توقع حدوث الضرر منه،وبهذا فإن الإضرار بالمباشر في القانون الأردني يعد عملاً غير مشروع بصرف النظر عن الحالة النفسية للمتسبب من وقوع إهمال أو عدم تبصر منه،أو عدم وقوعها[٣].

---

[١] ويقصد بالمباشر ،الحالة التي يكون فيها الفاعل،الذي يطلق عليه المباشر ،والذي يمارسه بنفسه قد انتج الضرر ،وكان هذا الفعل هو السبب الوحيد للضرر ،دون أن يتدخل فعل آخر أيا كان،بين فعل الفاعل والضرر الذي نجم عنه مباشرة,انظر نوري خاطر و عدنان السرحان,مصادر الالتزامات,مرجع سابق،ص ص٣٩٧-٣٤٨ .

[٢] محمد وحيد الدين سوار ،**الاتجاهات العامة في القانون المدني**،دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية،الطبعة الثانية،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،٢٠٠١،ص٦٩.

[٣] **مرجع سابق**،ص٦٩.

وبالنسبة لفكرة التعدي التي ما لبثت أن تطورت في الفقه الإسلامي فلم تقتصر على معنى الخروج عن حدود الحق بل شملت عدم التبصر والإهمال والإساءة في استعمال الحق فقيدت السلطة التي يخولها الحق لصاحبه بواجبات تفرض عليه عند استعمال هذه السلطة من التبصر والحرص لعدم المساس بحق الغير والابتعاد عن قصد الإضرار بالغير،فكانت هذه الواجبات مدعاة للبحث عن قدرة الفاعل على التمييز والحرص والتبصر وهي عوامل نفسية تقتضي تقدير التعدي تقديراً شخصياً بعد أن كان تقديره في الأصل تقديراً موضوعيا[١].ويقاس بمجرد الخروج عن حدود الحق وبذلك اقتربت فكرة التعدي التي أخذت بها الشريعة الإسلامية عن فكرة الضرر التي جعلتها القوانين الوضعية أساساً للمسؤولية[٢]،فإذا عرفنا المقصود بكلمة(التعدي)على هذه الصورة أمكن القول بأن العنصر المعنوي،شرط التمييز والإدراك وتوفر الإرادة لا غنى عنه في فكرة الخطأ في القانون المدني الأردني،شأنه شأن سائر التقنيات الحديثة[٣]،وأما مسؤولية عديم التمييز في مجال العلاقات العقدية فلا شك في عدم قيامها ذلك أن العقود لا تبرم دون أن تتوفر الأهلية القانونية للمتعاقدين ببلوغ سن الرشد وهو سن الثماني عشرة سنة أصلا[٤].

والآن وبعد أن استعرضنا فكرة الخطأ العقدي أو الخطأ المدني كفكرة جامعة،نعود لنفصل الشروط التي بموجبها يتأكد حسن نية المتعاقد وفقا للأساس الشخصي (الذاتي) وهي شروط تجنب الأخطاء العمدية وما يلحق بها.

---

[١] محمد وحيد الدين سوار،**الاتجاهات العامة**،مرجع سابق،ص ٧١.

[٢] سليمان مرقس،**محاضرات في المسؤولية في تقنيات البلاد العربية**،القسم الأول،الأحكام العامة،القاهرة،١٩٥٨،ص٥.

[٣] فقد أقام المشرع العراقي المسؤولية المدنية على التعدي وحده،حيث نصت المادة(٢٠٤)منه على أن: (كل تعدي يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة فيستوجب التعويض).وقد نصت المادة(١/٢٢٧)من **القانون المدني الكويتي** على أنه(كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره ملتزم بتعويضه سواء أكان في إحداث الضرر مباشراً أو متسببا).ونصت المادة(٢٠٧)من **قانون المعاملات المدنية السوداني** على أنه: (كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمداً أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه...).

[٤] المادة(٤٣)من **القانون المدني الأردني**.

المطلب الثاني

انتفاء الخطأ العمد

الخطأ العمد هو ذلك الفعل أو الترك الصادر عن نية سيئة،والنية كما ذكرنا في الركن المعنوي للخطأ هي إرادة متجهة نحو هدف ما[١].وأما لغة فيعرف بأنه الإرادة المتجهة نحو فعل ما[٢].ويوجد فرق بين القولين.فالتعريف اللغوي يرى أن الإرادة تتجه إلى الفعل ،كالإخلال بالالتزامات العقدية،فبموجب التعريف اللغوي يصبح مجرد الإخلال المتعمد بالالتزام العقدي خطأً عمداً،ولكن سوف نرى أن الإخلال المتعمد بالالتزامات لا يدل على سوء النية في كل الأحوال بل لثبوت سوء النية قانوناً يقتضي أن يتم الإخلال بالالتزامات بصورة إرادية أولاً وأن يكون هناك هدف آخر أبعد يقصده المخل بالتزاماته،هذا الهدف هو الإضرار بالطرف الآخر[٣]،وهذا الهدف هو الذي يسبغ صفة السوء على نية من يخل بالتزامه،فسوء النية في هذه الحالة هي نية تسبيب الضرر للغير.

ولا ينبغي أن تختلط فكرة الخطأ العمد بفكرة الخطأ غير المغتفر الذي هو الخطأ الذي يبلغ من الجسامة حداً غير عادي وينتج عن فعل إرادي أو عن معرفة بالخطر كان يجب أن توجد لدى الفاعل..[٤]

الخطأ العمد يجب أن يتميز بأن قصد الإضرار لدى الفاعل هو الباعث على الفعل الضار.

---

(١) انظر ص٢٢ من هذه الرسالة.

(٢) انظر في هذا المعنى:**مجمل اللغة**،لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي،دراسة وتحقيق زهير عبد المحسن سلطان،مؤسسة الرسالة،الجزء الثالث والرابع،بيروت،الطبعة الأولى،١٩٨٤،ص٨٤٧،مجد مرتضى الزبيدي،**تاج العروس من جواهر القاموس**،منشورات دار مكتبة الحياة،بيروت،المجلد العاشر،فصل النون من باب الواو والباء،الطبعة الأولى،١٩٨٥،ص٣٧٩،**المعجم الوسيط**،مجمع اللغة العربية،الطبعة الثالثة،الجزء الخامس،الجزء الثاني،دار عمران،القاهرة،١٩٨٥،ص١٠٠٤.

(٣) حسن عامر ،**المسئولية المدنية**،مرجع سابق،ص ١٧٧.

(٤) نوري خاطر،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسئولية المدنية،دراسة مقارنة**،"مجلة المنار"،المجلد السابع العدد الثالث،جامعة آل البيت،المفرق ،٢٠٠١،ص ٥٤.

وقد عرف ،الخطأ العمد على أنه خطأ شخصي محض،لا يمكن الكشف عنه إلا بالنفاذ إلى (الحالة النفسية أو بالتحري عما يكنه الضمير).

وبهذا لا يشترط حتماً أن تتجه النية إلى الإضرار بالغير مباشرة،بل يكفي أن تتجه إلى الانتفاع الشخصي عن طريق الإضرار بالغير[١].

ولما كان من غير اليسير دائماً الكشف عن النوايا،لذا وجد من الضروري اللجوء إلى عامل مساعد،إلى قرينة،وهي الخطأ الجسيم[٢] يتخذ دليلاً على توافر سوء النية والقصد من اللجوء إلى هذه القرينة هو قطع الطريق أمام أولئك الذين يتعمدون الإضرار بالآخرين ثم يتسترون بستار سوء التقدير أو بعدم الخبرة،فلا يستطيع فاعل الضرر إدعاء البداهة أو الغباء،فليس الأمر هنا إلحاق الخطأ الجسيم بصفته خطأ مستقلاً عن الخطأ العمد بهذا الأخير الاستدلال منه على الخطأ العمد بالذات،فالأمر يتعلق بالإثبات أن الخطأ الجسيم قرينة على الخطأ العمد،لكنه قرينة غير قاطعة،بل تسقط أمام إثبات انتفاء نية الإضرار[٣].

ولهذا فإن الفائدة العملية منتهية من تكييف الخطأ الجسيم،أهو قرينة على الخطأ العمد أم هو مرتبة عليا من مراتب الخطأ غير العمد،ذلك أن القانون المدني الأردني في مواد معينة سنبحثها فيما بعد-يساوي في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم،سواءً أعتبر الخطأ الجسيم قرينة على الغش أم لم يعتبر فإن النتيجة العملية من وجهة الأحكام القانونية لا تختلف كثيراً[٤].

فقد عرف القانون الألماني الخطأ العمد في تعريف آخر المادة(٢٧٦)بأنه إتجاه الإرادة إلى إثبات فعل أو إحداث نتيجة بقصد الإضرار أو أن الفاعل يريد النتيجة ويعي أن فعله يؤدي إليها،لكنه مع ذلك لا يرغب في الإضرار بالغير)[٥].

---

[١] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص ٥٧،ويشير إلى بلانيول وريبيرو اسمان-القول العملي للقانون الفرنسي-الجزء السادس ،الطبعة الثانية،١٩٥٢،الفقرة ٥١٣،ص ٦٩٦.

[٢] الذي سوف ندرسه في المطلب الخامس ص ٤٣ من هذا المبحث.

[٣] حسين عامر،**المسئولية المدنية**،مرجع سابق،ص ١٧٨.

[٤] نوري خاطر ،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسئولية المدنية**،مرجع سابق،ص ٧٢.

[٥] نوري خاطر ،**المرجع السابق**،ص ٧٢،ويشير إلى فاروق أحمد زاهر،**تحديد مسئولية الناقل الجوي الدولي**،القاهرة،١٨٥/ص ص ٥٠٧-٥١٨

وقد وافقه في ذلك القانون المدني الإنكليزي حيث عرف الخطأ العمد بأنه اتجـاه الإرادة إلى إحداث نتيجة دون تطلب توافر نية الإضرار،إذ يكفي إدراك الفاعل أن فعله سوف يؤدي إلى نتيجة أكيدة وهو مع ذلك يقبل بها إن حدثت[١].

وأن الأخذ بهذين التعريفين للخطأ العمد معناه توسيع دائرة الخطأ العمد علـى حسـاب دائرة خطأ الإهمال توسيعاً كبيراً،ذلك أن معظم أخطاء الإهمال تقترن بإمكان تصور الفـاعلين للنتائج الضارة المتولدة عن أفعالهم.

فالمسألة تتعلق بـ (توقع) أو (تصور) الضرر،حتى لو كان الفاعل يسعى وراء هـدف آخر هو هدف الإضرار المباشر بالدائن.

ولهذا نرى أنه يتوفر الخطأ العمد،كلما ارتكب الفعل وكان الضرر الناشئ عنـه أمـراً لازماً،لا يمكن تصور عدم حدوثه عن هذا العمل وذلك كما في تعرض البائع أو ناقل الملكية لمن انتقلت إليه الملكية في ممارسته لحق ملكيته[٢]،وكما في تمثيل محامي لمصالح متعارضة[٣]،وكما في قيام المستأجر أو المستعير أو الوديع أو المقاول أو الوكيل أو العامل بإتلاف المال المعهـود إليه أو بالتصرف به عمداً،لكونه لا يتصور أنه ينوي إتلاف المـال دون أن ينـوي الإضـرار بصاحب المال،إلا إذا وقع في غلط وكان حسن النية باعتقاده أنه مالك لذلك الشيء وأن يكـون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب جدية.

وكذلك يكون الضرر المترتب على الفعل أمراً لازماً والخطأ العمد حاصلاً فـي إفشـاء المؤتمن على السر،للسر المؤتمن عليه،فعلم المتعاقد بأنه يفشي سراً لم يفض به إليه إلا عن

---

[١] نوري خاطر،**المرجع السابق**،ص ٧٢.

[٢] ولم يرد في **القانون المدني الأردني** نص يعالج التزام البائع بضمان التعرض الشخصي على العكس من ذلك في **القانون المصري والعراقي** اللذان نصا عليه في المادة(٤٣٩)مدني مصري،المادة(٥٤٩)مدني عراقي،لمزيد من الإيضاح أنظر:علي هادي العبيدي،**الوجيز في شرح القانون المدني الأردني،العقود المسماة في البيع والإيجار**،الطبعة الأولى،اربد ،١٩٩٧،ص ١٠٣.

[٣] المادة(١/٦١)من **قانون نقابة المحامين النظاميين**،رقم (١١) لسنة ١٩٧٢،والمعدل بالقانون رقم(٥١) لسنة ١٩٨٥.

طريق صناعته أو حرفته[١]،يكفي لوصفه بسوء النية لأنه يفعل ذلك عن إرادة واعية وعن طواعية؛ولأنه يفترض حصول الضرر بمجرد إفشاء السر،ولكن إفشاء السر إذا لم يحصل عن إرادة واعية بل حصل نتيجة إهمال،فلا يمكن أن ينسب الخطأ العمد إلى المؤتمن على السر،وذلك كما في حالة الطبيب الذي يدون ملاحظاته عن مريض،ثم يترك هذه الملاحظات سهواً في مكان غير مصون فيطلع عليه الغير[٢].

ولكن وجود الباعث المشروع على إيقاع الضرر عمداً،ينفي عن الفعل صفة الخطأ العمد[٣]،كما لو خالف المؤتمن على السر لالتزامه العقدي بعدم إفشاء السر يحدوه الباعث الامتثال للقانون وللصالح العام ومقتضيات الرحمة والإنسانية،ولكن هذا الباعث يقدر تقديراً موضوعياً ولا يكتفى بتقدير الفاعل الشخصي،فلا يجوز للمؤتمن على السر إفشاءه إلا إذا كان اقتناعه أو اعتقاده قائماً على أساس جدي،وأن الرجل المعتاد في ظروفه يعتقد بما أعتقد به ،ومن أمثلة حسن الباعث:-

إفشاء السر أمام القضاء استجابة لطلب من أفضى له السر،أو حماية للمصلحة العامة[٤]،كما في إفشاء الطبيب لسر مريض رآه يستحم في حمام عام أو يزاول عملاً في مطعم أو لاعتبارات إنسانية سامية كما لو أفشى سر مثل هذا المريض لزوجته[٥].

وأخيراً فإن الخطأ العمد قد يتجسم على صورة إكراه يستعمله المدين لإرغام الدائن على قبول التنفيذ المعيب وهذه الصورة تتضمن أعلى درجات سوء النية،ذلك أن جوهر الإكراه هو انتزاع الرضا بالقوة أو التهديد[٦] ومثال ذلك كأن يضعه المتعاقد الآخر بين خيار قبول التنفيذ المعيب للالتزام أو عدم التنفيذ بزعم عدم قدرته .

---

[١] المواد(٣٥ ـ٣٨) من **قانون البينات الأردني** رقم(٣٠)لسنة ١٩٥٢ والمعدل بالقانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠١،والتي تبحث في المنع من الشهادة لأشخاص من أمثال موظفي الدولة بخصوص معلومات تتعلق بشؤون الدولة ومن المحامين أو الوكلاء أو الأطباء بإفشاء أسرار حصلوا عليها عن طريق مهنتهم أو أحد الزوجين أن يفضي بسر حصل عليه أثناء الحياة الزوجية،ولمزيد من التفصيل أنظر :مفلح عواد القضاة،**البينات في المواد المدنية والتجارية**،دراسة مقارنة،الطبعة الثانية،جمعية عمال المطابع،١٩٩٤،ص ص ١٥٨-١٦٠.

[٢] جندي عبد الملك ,**الموسوعة الجنائية**،القاهرة،١٩٤٦،الجزء الثاني،فقرة ١٧،ص ٥٠.

[٣] أنظر ص ١ من الفصل الأول من رسالتنا هذه.

[٤] المواد (٣٥-٣٧)من **قانون البينات الأردني**.

[٥] حسن زكي الأبراشي،**مسؤولية الأطباء الجراحين في التشريع المصري والقانون المقارن**،رسالة دكتوراه،القاهرة،ص ص ٤٣٦،٤٣٥.

[٦] المواد(١٣٥-١٤٢)من **القانون المدني الأردني** والخاصة بالإكراه كأحد عيوب الرضا.

المطلب الثالث

انتفـــــاء الغــش

يعرف الغش بأنه:"كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من المدين بـــالتزام عقـــدي أو مـــن تابعيه بقصد إحداث الضرر"[١]،ويعرف أيضاً أنه:"تعمد التصرف على وجـــه يخـــالف أحكـــام القانون"[٢]،وبهذين التعريفين يحتم توفر سوء النية لدى مرتكب الغش،فنحن أمام خطأ ذي ميـــزة معينة،خطأ ينوي مرتكبه الإضرار بالغير عن طريق(خداعه وإغفاله),و يمكننا أيضا القول قياسا على تعريف التغرير في تكوين العقد بأن التغرير في تنفيذ العقد ,هو ما يدعى بالغش في هـــذه الحالة .

أن النية السيئة تتجسم في عمل يتخذ سمة عدم المشروعية،ومن السهل عندئذٍ تبعاً لطبيعة العمل المرتكب،الحكم على هذا العمل بكونه جريمة مدنية.

وللغش ركنان معنوي وموضوعي،يتمثل الركن المعنوي في الرغبة في التضليل توصلاً لغرض غير مشروع،بمعنى أن نية أو قصد الإضرار بالغير[٣]،ويتمثل انعدام هذا الـــركن عـــدم قيام الغش وثم التضليل الحاصل،فإذا قدم المدين إلى الدائن معلومات غير صحيحة أو أهمل في تقديمها عن حسن نية أي دون علمه بعدم مطابقتها للحقيقة،فلا يعد غشاً رغم أنه أوقع الدائن في غلط.

أما الركن الموضوعي للغش،فهو يتخذ صورة(فعل) أو كتمان[٤]،والفعل هو عبارة عـــن الوسائل الاحتيالية،التي يلجأ إليها المدين لإيهام الطرف الآخر.

---

[١] عدنان السرحان،ونوري خاطر،**شرح القانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص ٣٣٤،ويشـــير فيـــه المؤلف إلى تعريف الغش في المادة(١٧) من قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١١٩٨٣.

[٢] حســـن جميعـــي،**شـــروط التخفيـــف والإعفـــاء مـــن ضـــمان العيـــوب الخفيـــة**،دار النهظـــة العربية،القاهرة،١٩٩٣،ص ص ٩٣-٩٥،ويشير فيه المؤلف إلى تطور مفهوم الغش حيث كان بالمفهوم التقليدي يجب توافر نية الإضرار بالطرف الآخر،أما في المفهوم الحديث فإن مجـــرد تعمـــد التصـــرف المخالف للقانون يعتبر غشاً.

[٣] نوري خاطر،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسئولية المدنية**،مرجع سابق،ص ٤٩.

[٤] **المرجع ذاته**،ص ٤٩.

ولكن هذه الوسائل يجب أن تبلغ حداً معيناً من الجسامة لكي يتحقق الركن الموضــوعي للغش،فالأخلاق مثلاً تتطلب من المرء صدقاً وصراحة تامة في علاقاتــه مــع الآخــرين،ولكن القانون لا يحظر الكذب والكتمان اللذين يكونان مــن طبيعــة مــؤثرة عــن ذهــن الطــرف الأخر،فالتاجر الذي يدعي خلافاً للحقيقة بأن منتجاته أفضل من سائر منتجــات منافســية أو أن أسعارها أرخص من أسعارهم هو تاجر سيئ النية يحاول غــش المشــتري،ولكن مثــل هــذه المحاولات أصبحت معتادة من قبل التجار لا يجوز أن ينخدع بها أحد[١]،وهي من باب الغــش الجريء[٢].

ومن أمثلة الكذب التدليسي ما حظره القانون صراحةً في عقد التأمين من تقديم معلومات كاذبة من المؤمن له،فالزم المؤمن له بتقديم كل المعلومات التي يهم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه[٣]،ويلتزم المؤمن له كذلك أن يحظر المؤمن بما يطــرأ أثناء مدة العقد من أمور تؤدي إلى زيادة المخاطر[٤].

وفي هذه الحالة يجوز للمؤمن أن يطلب فسخ العقد إذ كان المؤمن له قد تعمّد كتمان أمر وقدم عن عمد بيانات كاذبة وكان من وراء ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميتــه فــي نظر المؤمن[٥]،وعلى ذلك يعد المؤمن له قد قدم بيانات كاذبة إلى شركة التأمين،إذا أدعى بأنه لم يصب بمرض سابقاً ولكنه بالحقيقة كان قد أصيب بالمرض[٦].

---

[١] عبد المجيد الحكيم،وعبد الباقي البكري،ومحمد طه البشير،**الوجيز في شرح الالتــزام فــي القــانون المدني العراقي**،الجزء الأول،مصادر الالتزام،مؤسســة دار الكتــب للطباعــة والنشــر،جامعة بغــداد ،١٩٨٠،ص ٨٨.

[٢] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص ٦٧.

[٣] المادة(١/٩٢٨)من **القانون المدني الأردني**،المادة(٩٨٦/ب)من **القانون المدني العراقي**.

[٤] المادة(٢/٩٢٧)من **القانون المدني الأردني**،المادة(٩٨٦/ج)من **القانون المدني العراقي**.

[٥] المادة(١/٩٢٨)من **القانون المدني الأردني**،المادة(٩٨٧/أ)من **القانون المدني العراقي**.

[٦] ياسين جبوري،**المبسوط،انعقاد العقد**،الجزء الأول،المجلد الأول،القسم الأول،مرجع سابق،ص ٤٢٩.

ولا يعتد بالكذب بالنسبة إلى البضاعة محل التعاقد إلا إذا وقع في حقيقتها أو طبيعتها أو أمر مرغوب بها[١]،أو نوع البضاعة أو مصدرها في الأحوال التي يعتبر فيها ذلك سبباً أساسياً في التعاقد،ويقصد بحقيقة البضاعة أو طبيعتها أو أمر مرغوب فيه تلك الخواص اللازمة للبضاعة والتي لو رآها لما أقدم المشتري على الشراء لأن فقدانها يغير الشيء المبيع ويجعله غير صالح للاستعمال الذي يقصده المشتري،ومثال ذلك شراء شخص ساعة على أنها لا تتأثر بالماء فإذا بها تتأثر به،أو شراء شخص لؤلؤاً على أنه طبيعي فإذا به اصطناعي[٢]،ومن الوسائل الغشية المتضمنة لأعمال يدوية مادية،عندما يظهر المتعاقد المعقود عليه إلى التعاقد تحت تأثير ذلك المظهر الكاذب الذي أخفاه على المعقود عليه،ومثال عليه صبغ الثوب القديم،وصبغ السيارة القديمة[٣].

والغش في البيع أو في العقود الأخرى التي تقتضي تسليم أعيان منقولة قد يقترن بتكوين العقد فيكون الغش دافعاً إلى التعاقد إلا أن هذا الغش ينتقل إلى مرحلة التنفيذ عندما يباشر بتسليم وتسلم المبيع أو الأعيان المنقولة التي ترد عليها العقود الأخرى،ويكون الغش في تنفيذ هذه العقود بحالة التلاعب بحقيقة الأشياء أو وزنها بعد تكوين العقد وأثناء التسليم.

أما في عقد الوكالة فيمكن أن نشاهد في تنفيذه صوراً أخرى من الكذب الغشّي من الوكيل تجاه الموكل،ومن ذلك،أن يدعي تاجر المجوهرات الذي توكل في بيع مجوهرات الموكل ،فاستولى عليها بدلاً من أن يبيعها بأنها سرقت منه،فهو يحاول تضليل الموكل بأنه لم يخن الأمانة.

أو ما يدعيه الوكيل بالبيع من أنه باع الشيء بثمن أقل مما قبضه في الواقع بينما أحتفظ بالفرق لنفسه،وقد يتخذ الإدعاء الكاذب صورة تنظيم مستند يثبت فيه بالتواطؤ مع المشتري أو البائع–الثمن غير الحقيقي للشيء الذي بيع أو أشترى[٤].

وإلى جانب الأفعال الغشية،يوجد, الكتمان (السكوت) الغشي، وهو الموقف السلبي الذي يتخذه المدين في كتمان بعض الحقائق مما يؤدي إلى إيقاع الدائن في غلط، و يوجد كتمان غشي

---

[١] المادة(١٥٣) من **القانون المدني الأردني.**

[٢] ياسين الجبوري،**المبسوط،انعقاد العقد**،مرجع سابق،ص ٤٦٦.

[٣] عبد المجيد الحكيم،**الكافي في شرح القانون المدني** ،الجزء الأول،مصادر الالتزام،المجلد الأول،في العقد،الشركة الجديدة للطباعة،عمان،١٩٩٣،ص ٤٣٧.

[٤] جندي عبد الملك،**الموسوعة الجنائية**،الجزء الخامس،مرجع سابق،ص ٣٥٨.

كلما كان المدين ملزما تبعا للقانون أو لطبيعة العقد أن يفصح عن أمور معينة استجابة لوجـوب توفر الثقة المتبادلة بين الطرفين.

ويمكن أن نشاهد تطبيقاً لهذه الفكرة مع ما أورده القانون المدني الأردني مـن بعـض الأحكام في عقد البيع مثلا،فالبائع لا يضمن عيباً قديماً كان المشتري يعرفه أو كان يسـتطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية[١]،ولكن هذا الالتـزام علـى المشـتري بوجوب فحص المبيع بما ينبغي من العناية فقط إذا لجأ البائع إلى إخفاء العيب بغش منه[٢]،ومن أمثلة ذلك الكتمان الغشّي أيضاً،كتمان البائع عن المشتري استحقاق المبيع للغير،وقد شدد القانون جزاء البائع في هذه الحالة فالزمه فوق الثمن والمصروفات والتحسينات التي أنفقهـا المشـتري على المبيع و والزمه أيضاً بالإضرار التي نشأت باستحقاق المبيع[٣].

وهنا يثور تساؤل هل أن الغش أكثر إمعانا في مخالفة الأخلاق من الخطأ العمد .

القوانين المدنية لا تشير عادةً إلا إلى الغش والخطأ الجسيم،لما كانـت أعمـال الغـش تنطوي على خرق أشد للأخلاق من مجرد الخطأ العمد البسيط؛لذلك فإن الغش يمثل مرتبة عليا من الخطأ العمد وهو ينطوي تحت اصطلاح (الخطأ العمد) إذ أن كل غش هو خطأ عمـد،ولكن الخطأ العمد ليس غشاً دائماً.

ولهذا فإن الفارق بين الغش والخطأ العمد في نطاق العقد،هو أنه يوجد تنفيـذ ظـاهري للعقد في حالة الغش أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أية تنفيذ له[٤].

وإذا تساءلنا عن موقف القانون المدني الأردني من الخطأ العمد لرأينا أن القانون ساوى في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم[٥] وذلك بمناسبة الحديث عن الالتزام متى كان ببذل عناية و ليس لتحقيق نتيجة،ولم يتطرق إلى الخطأ العمد،فإذا كان الخطأ الجسيم إهمال كبير وعدم حيطة

---

(١) المادة(٥١٣/٤)من **القانون المدني الأردني**،المادة (٥٥٩)من **القانون المدني العراقي**.

(٢) المادة(٥٢١/٢) من **القانون المدني الأردني**،أنظر أيضا تمييز حقوق ٨٧/١٧٧ منشور على صفحة ٤٥ **من مجلة نقابة المحامين** لسنة ١٩٩٠،أيضاً تمييز حقوق رقم ٨٧/٣٨٤ منشور على صفحة ٢٠٤ من **مجلة نقابة المحامين** لسنة ١٩٩٠ .

(٣) المادة(٥٠٥)من **القانون المدني الأردني**،المادة (٥٥٤)من **القانون المدني العراقي**.

(٤) نوري خاطر،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسئولية المدنية**،مرجع سابق،ص ٤٩.

(٥) المادة(٣٥٨/٢)من **القانون المدني الأردني**،المادة (١٦٩/٢)من **القانون المدني العراقي**.

وحذر من المدين لا يصل إلى نية الإضرار ،ولكن المدين يعلم فيه بالضرر الذي يمكن أن يلحق بدائنه[١]؛لهذا فهو يساوي الغش في حكمه لذا كان من باب أولى أن يتساوى الغش والخطأ العمد في الحكم أيضاً وفي هذا المعنى لا يقصد بالغش إلا(الخطأ العمد) بالمعنى الواجب إعطاءه لهذه الكلمة في القانون المدني،فالغش يراد منه سوء النية[٢].

ويمكن القول بأن هذه التفرقة لا تعني سوى تغليب تسمية النوع على تسمية الجنس،وربما هناك أسباب أدت إلى هذا الترجيح،فالمدين مضطر في كثير من الحالات إلى ستر خطئه بادعاءات تضليلية،كما في استيلاء الوكيل على مال الموكل،وادعائه بأن المال قد سرق من حوزته،فالغش في كثير من الأحوال يستخدم لستر خطأ عمد أي يظهر وكأنه فعل مشروع،وفي أحيان أخرى يؤدي بحد ذاته إلى ما يهدف إليه المتعاقد من الإضرار بالغير.

ومن حيث الآثار القانونية المتعلقة بالمسؤولية المدنية لا يوجد فرق بين الغش والخطأ العمد فكلاهما له نفس الحكم القانوني كما بينا،ولكن الأخلاق تنظر إلى الغش على أنه من أعمال الخبث والمكر فهو أشد وقعاً من مجرد الخطأ العمد غير المقترن بالغش[٣]،وهذه الحالة الأخلاقية قد يكون لها أثرها في القانون الجنائي،إذ يغلب أن يتأثر بها القاضي فيشدد عقوبة مرتكب الغش،فالوكيل الذي ينكر مال الموكل إنكاراً صريحاً دون تمويه يرتكب خطأ عمداً ولكنه يهيئ للموكل فرصة لمقاضاته واسترداد حقه منه،أما الوكيل الذي يكتم مال الموكل ويقدم له مستنداً مزوراً يثبت فيه قيمة غير حقيقة لما اشتراه أو باعه يرتكب غشاً يموه به على الموكل حقيقة ما حدث وهو آمن من أي جزاء مدني أو جزائي،وكلاهما يخونان الأمانة،ولكن القاضي الجنائي سينظر إلى جريمة الوكيل الغاش على أنها اقترنت بظروف مشددة بما يشدد العقوبة عليه.

---

[١] عدنان السرحان،ونوري خاطر،**شرح القانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص ٣٣٤.
[٢] نوري خاطر،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسئولية المدنية**،مرجع سابق،ص ٥٠.
[٣] **المرجع ذاته**،ص ٥٠.

المطلب الرابع

عدم استعمال الحق بسوء نية

نتناول هذا المطلب في فرعين،نخصص الأول لبيان علاقة نظرية التعسف في استعمال الحق بالأخلاق وهو بيان يتضمن علاقة هذه النظرية بمبدأ حسن النية،لأن هذا المبدأ ليس في حقيقته إلا مبدءاً أخلاقيا،ونخصص الفرع الثاني لبيان وجوه إساءة استعمال الحقوق بسوء تعد تبعاً لمعايير التعسف التي أقرها القانون المدني الأردني.

الفرع الأول

الجانب الأخلاقي في استعمال الحق

إن ممارسة الحقوق يجب أن تخضع للقاعدة الأخلاقية،وإذا لم تكن للقاضي فكرة واضحة عن هذه القاعدة فهو ليس أهلاً لتقد يرما إذا كان يوجد أو لا يوجد سوء استعمال للحق[١].

فعندما ينعت عمل على أنه مخالف لمصلحة المجتمع فإن المجتمع المقصود هو المجتمع الذي تسوده الأخلاق،حيث واجب عدم الإضرار الإرادي بالآخرين يعد واجباً مقدماً على كل فرد،فالعبرة إذن في اتفاق الأعمال مع الواجب الأخلاقي[٢].

---

[١] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص ٧٨،ويشير فيه إلى–القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية– فقرة ١٠٢،ص ١٧٩.

[٢] **المرجع ذاته**،ص ٧٨.

فاستعمال الحق بسوء نية هو إساءة لاستعمال الحق ونظرية إساءة استعمال الحق بهذا المعنى حديثة العهد،ذلك أن المجتمعات التي كانت تقر الشكليات أو التي كان فيها إسراف في نصرة مبادئ الفردية الذي كانت تهدف إلى قيام الكيان التشريعي على أساس خلقي مبناه تسخير القوانين لحماية الفرد[١].

وقد نص المشرع الأردني على نظرية إساءة استعمال الحق(أو التعسف في استعمال الحق) في المادة(٦١) من القانون المدني الأردني بقوله:"

١-يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.
٢-يكون استعمال الحق غير مشروع :
أ-إذا توفر قصد التعدي.
ب-إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.
ج-إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.
د-إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة .".

الواقع أن هذه النظرية تحدد الطريقة التي يجب أن يسلكها صاحب الحق في استعمال حقه بحسن نية،وقد صرحت قوانين عديدة[٢]،عن العلاقة المباشرة بين مبدأ حسن النية كفكرة كلية،وبين الامتناع عن التعسف في استعمال الحق،فإن هذه النظرية ولدت ونمت في كنف ذلك المبدأ وهي بمثابة الفرع من ذلك الأصل الكبير.

أما القانون المدني المصري،فقد اريد بادئ الأمر إقرار نص فيه يشبه نصوص القوانين التي ذكر بها ارتباط نظرية إساءة استعمال الحق بمبدأ حسن النية،فأقترح النص التالي: (لا يكون استعمال الحق مشروعاً إذا جاوز الحدود التي يقتضيها حسن النية أو الغرض الذي من أجله تقرر هذا الحق)[٣]،ولكن المناقشات أدّت إلى إقرار نص آخر يتضمن الفكرة المقترحة مع

---

[١] حسن عامر ،**المسئولية المدنية**،مرجع سابق،ص ٢٦٠.

[٢]ومن هذه القوانين،**القانون المدني السويسري** لعام ١٩٠٧ المادة(٢)منه،**القانون المدني البولوني** المادة(١٣٥)منه،**وقانون الموجبات والعقود اللبناني**،المادة(١٢٤)منه،أنظر ذلك :عبد الرزاق السنهوري،**الوجيز في شرح القانون المدني**،فقرة ٣٥٣،ص ٣٣٩،هامش ١.

[٣] **الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**،مرجع سابق،الجزء الأول،مناقشات لجنة مراد سيد أحمد،ومناقشات لجنة كامل صدقي،ص ٢٠٥.

الاستغناء عن عبارة (حسن النية)؛لأنها عبارة في نظر المشرعين قد يختلف على معناها،ولا توجد بشأنها معايير واضحة يمكن اللجوء إليها بسهولة مما يحتمل أن يحدث معه الاختلاف في الاجتهادات،وما يؤدي إليه من اضطراب في مفهوم الحق وعدم استقرار في التصرفات القانونية،وتعد نظرية إساءة استعمال الحق مبدأ عاماً ينطبق على التصرفات والأعمال القانونية،ولذلك نجد أن كثيراً من التشريعات عالجتها ضمن المبادئ العامة للقانون المدني[١]،أي في الباب التمهيدي[٢]،وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن: (مبدأ إساءة استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن الالتزامات بل يمتد إلى الحقوق العينية وإلى روابط الأحوال الشخصية وإلى القانون التجاري وقانون المرافعات بل يشمل القانون العام أيضاً وإذ يمكن القول بأن هناك إساءة استعمال حق الحريات أو حق الاجتماعات وهلم جرا،لذلك كان حرياً بالمشرع أن يحل النص الخاص بإساءة استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية حتى ينبسط على جميع نواحي القانون بفروعه المختلفة ،ولا يكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع..) [٣].

الفرع الثاني

معايير استعمال الحق بسوء نية

لقد أوجد المشرع الأردني من خلال المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني معايير أربعة للتعسف في استعمال الحق بها نستطيع أن نعتبر صاحب الحق متعسفا في استعماله لحقه و يسأل عنه إذا سبب ضررا للغير .

ونتناول هذه المعايير الأربعة بشيء من الإيجاز تباعا .

---

[١] عدنان السرحان،نوري خاطر ،**شرح القانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص ٤٠٣ .

[٢] المادة(٧)من **القانون المدني العراقي**،المادة(٥)من **القانون المدني المصري**،المادة(٦)من **القانون المدني السوري**،المادة(١٠٦)من **قانون المعاملات المدنية الإماراتي**.

[٣] **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص ٨٢.

أولا:استعمال الحق بقصد الأضرار بالغير.

لا شك أن المعيار الأول المنصوص عليه في الفرع الأول من الفقرة(٢) من المادة(٦٦) من القانون المدني الأردني،هو معيار استعمال الحق بنية الإضرار بالغير لا يتسع إلا لغرض الخطأ العمد،إذ كان من يستعمل حقه سيئ النية،أي بقصد الإضرار بالغير يعد متعسفاً في استعمال حقه[١] وفي تطبيق ذلك المعيار يعتد بمعيار نفسي أو ذاتي في تقرير إساءة استعمال الحق هو قصد الإضرار[٢]،ولذلك ينبغي على المضرور إثبات أن الفاعل لم يقصد من استعمال حقه غير الإضرار به،أما إذا لم يقم دليل على قصد الإضرار فإن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق متى كان صاحبه على بينة من ذلك[٣].

ولهذا فإن انعدام المصلحة في استعمال الحق انعداماً تاماً يعد قرينة على سوء النية،أي توافر قصد التعدي ونية الإضرار بالغير.

يمكن القول أن الحق العقدي في معظم الأحوال محدد في مضمونه وفي الفائدة المرجوة منه حسب اتفاق المتعاقدين،ولأجل أن ينسب سوء استعمال الحق إلى المتعاقد،يجب انتفاء أية فائدة للمتعاقد من ممارسة حقه،كالمتعاقد الذي ينتظر حلول الجل لتنفيذ التزامه دون أن تكون له فائدة في هذا الانتظار بل لمجرد إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر،وكذلك في لجوء المتعاقد في العقود الزمنية غير المحددة إلى استعمال حقه في إقامة دعوى فسخ العقد ،لا لشيء إلا بباعث الإضرار بالطرف الآخر كما يحدث ذلك في عقود الوكالة والشركة والمقاولة ومن العقود الزمنية الأخرى عقد الإيجار والوديعة والعمل[٤].

حيث قالت محكمة التمييز الأردنية في قراراها:"إن عدم دفع الإيجار المتبقي والمستحق على المستأجر البالغ(١٥٠)فلساً فقط لا يعد سبباً للفسخ وأن المدعي تعسف في استعمال حقه في

---

[١] عدنان السرحان،ونوري خاطر،**شرح القانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص ٨٢.
[٢] عبد المجيد الحكيم،وآخرون،**الوجيز في نظرية الالتزام**،مرجع سابق،ص ٢٣١.
[٣] أنظر تمييز حقوق رقم ٩٩/١٥٩٢،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ٢٠٠٢،العدد ١٠،٩، ص٢٣٠٥،وتمييز حقوق رقم ٨٣/٩٠،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٨٣،ع ٨،٥،ص ٦٧٨.
[٤] المواد(٦٠٤،٨٦٦،٨٦٧،٨٩٢،٨٢٩،٦٨٧) من **القانون المدني الأردني** التي نظمت حقوق المتعاقدين في فسخ عقود الشركة والوكالة والوديعة والعمل والإجارة.

المطالبة بالفسخ،بحجة عدم دفع الإيجار كاملا"[١]،وبهذا نجد أن توجه نية المالك إلى الإضـــرار بهذا المستأجر بسوء نية ويعتبر طلبه بالتخلية متعسفاً في استعمال حقه حسب تقدير المحكمة.

وأيضاً يعتبر الفصل الذي يصدر عن صاحب العمل بلا مبرر ومخالفا لنصوص القانون التي تحدد الحالات التي يجوز معها لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل،فإذا لم تتوافر إحدىالحالات قام صاحب العمل رغم ذلك بفصل العامل بلا مبرر،فإن الفصل يكون عندئذٍ تعسفيا[٢].

ثانيا:عدم التناسب بين المنفعة من استعمال الحق و ما يصيب الغير من ضرر

فمعيار عدم التناسب مطلقاً بين مصلحة صاحب الحق ومصلحة المضرور وهو ما يدعى بمعيار رجحان الضرر[٣]،يمكن أن يتضمن سوء نية صاحب الحق في حالة وجود مصلحة غير جدية لصاحب الحق،فمع فداحة الضرر الذي يصيب الغير بحيث تكون هذه المصلحة غير جدية ستاراً لتغطية سوء العقد،وفي هذا تقول المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني :"والمعيار في هذه الحالة مادي لكنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توفر نية الإضرار بالغير"[٤].وكذلك أيضاً هدم السياج قليل التصدع الذي يفصل بين المالك وجاره الذي يسبب ضراراً للجار لا يتناسب والمصلحة المتوخاة منه وهي تجديده وفي ذلك تقضي الفقرة الثانية من المادة(١٢٧٩)من القانون المدني الأردني أنه :"ليس لمالك الحائط أن يهدمه دون عذر قوي إن كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط"[٥].

---

[١] تمييز حقوق رقم ٧٨/١٦٨،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٧٨،ع٧،ص ٨٩٤.

[٢] تمييز حقوق رقم ٩٠/٩٦١،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٩١/ع ٩،١١،ص ١٩٢٧،أيضاً تمييز حقوق رقم ٩٠/١٠٨٤،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٩١،ع ٩،١١،ص٢٠٣٤،و قرار رقم ٩٠/١١٣٤،ص ٢١٦٥.

[٣] عبدالرزاق السنهوري،**الوجيز في شرح القانون المدني**،مرجع سابق،فقرة ٣٥٤،ص٣٤١.

[٤] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص٨١،وفي نفس النص راجع **الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**،مرجع سابق،الجزء الأول،ص ٢١٠.

[٥] أنظر ما يقابلها في **القانون المدني العراقي** في المادة (٢٢٩٢) منه.

ولكن ما القول فيما إذا كان صاحب الحق غير قاصد الإضرار بالطرف الثاني قصداً مباشراً،ولكنه يعلم بالضرر الفاحش الذي يصيب الطرف الآخر الذي لا يتناسب مع المصلحة التي يحققها لنفسه،ومع ذلك يمضي في استعمال حقه على هذا الوجه الضار هل هو سيء النية ويعد مرتكباً خطأ عمداً ؟.

جاء في مجمع الضمانات:"رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه فأوقد النار فيها فذهبت النار إلى زرع جاره فأحرق زرعه،لا يضمن إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره لأنه إذا علم كان قاصداً إحراق زرع الغير ".(١)

ويمكن القول هنا أن هذا العلم وحده لا يكفي للقول بعمدية خطأ صاحب الحق طالما لم يكن قصد الإضرار هو الدافع الأول لعمله؛ولأن العلم بما يصيب الغير من ضرر يلقي على عاتق صاحب الحق عبء اتخاذ احتياطات مما سبب وقوع الضرر،والسبب الرئيسي في هذه النظرية هو أن استعمال الحق يختلف عن أداء الالتزام،فالمنظور في أداء الالتزام هو تحقيق مصلحة الغير،لذا فإن من المقصود دائماً لجوء الملتزم إلى الإهمال والغش للتخلص من تنفيذ التزاماته كلياً أو جزئياً وبذلك توجد قرينة للتشديد في مسئوليته[٢]،أما في ممارسة الحق فالأصل فيها،تحقيق مصلحة ذاتية مشروعة وكلمة الحق تعني سلطة وحماية قانونية للدائن[٣].

وبالتالي فمن يعلم بالضرر الذي يصيب الغير ويمضي في استعمال حقه فهو إما عابث مستهتر أو منطوٍ على نية خفية يضمر الإضرار بالغير تحت ستار مصلحة غير جدية[٤]،وفي استعماله حقه على هذه الصورة خطأ جسيماً يلحق في حكمه الخطأ العمد.

---

(١) لأبي محمد بن غانم البغدادي،الطبعة الأولى،طبعة ١٣٠٨ هـ ، ص ١٦١.

[٢] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص ٨٤.

[٣] المادة(٦٨) من **القانون المدني الأردني** والتي عرفت الحق الشخصي بأنه :"رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل".

[٤] عبدالرزاق السنهوري،**الوجيز في شرح القانون المدني**،مرجع سابق،فقرة ٣٥٤،ص٣٤١.

ثالثا:عدم مشروعية المصلحة المرجوة من الفعل.

أما المعيار الثالث،وهو الإضرار بمصالح مشروعة،فالمقصود بالمصالح المشروعة مصالح حفظ النظام العام والآداب،وأحكام القانون الآمرة[١]

والقول بسوء النية في هذا المجال يقتضي القول بأن المتعاقد يستعمل حقه استعمالاً منافياً للمصلحة المشروعة وهو ينوي الإضرار بالمتعاقد الآخر كما في قيام رب العمل بفصل العامل الذي ينتمي إلى النقابة المختصة به وزملائه[٢]،وذلك أن رب العمل له حق فسخ عقد العمل في بعض الأحوال،ولكن استعمال هذا الحق بما يترتب عليه فصل العامل لا لشيء إلا انتقاماً منه بسبب انتمائه إلى النقابة ولإكراه الآخرين على عدم الانتماء يعد تعسفاً في استعمال الحق مقروناً بالنية المباشرة بالإضرار بالعامل على صورة الاستعمال المنافي للقانون،وعدا مثل هذه الحالة فإنه بمجرد انصراف إرادة المتعاقد إلى الإتيان بالعمل الذي يعّد إخلال بالمصلحة العامة،دون إتجاه نيته إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر بالذات ودون وجود رابطة طبيعية تحتم نشوء الضرر للمتعاقد الآخر من هذا العمل ،ولا يكفي للقول بسوء نية المتعاقد في علاقته العقدية،وإن كان يجهل الفعل الجنائي،إذا كان الفعل الذي تعمد إثباته يعد جريمة في نظر القانون ومتوفراً،مثال ذلك أن يجمع المستأجر مجموعة من أصدقائه للعب القمار في شقته المستأجرة بغرض التسلية أو أن يخفي فيها بعض أقاربه المطلوبين للعدالة بدافع العطف عليهم،ففي مثل هذه الحالات يلزم حتماً تولد الضرر للمؤجر إذ يجوز أن يبقى المأجور مصاناً من كل تخريب،وإذا كان القانون يخول مؤجر الشقة فسخ الإيجار في هذه الحالات،فالسبب في رأينا هو عدم تقيد المستأجر باستعمال المأجور وفقاً لما أعد له،بإهمال لا عن سوء نية،ذلك أن أتيان العمل محل المخالفة عمداً لا يعني أن الخطأ عمد،فشرط الخطأ العمد هو انصراف نية المتعاقد للإضرار بالطرف الآخر،ولأن القانون يمنح حق الفسخ في هذه الحالة رعاية للنظام العام،وبغض النظر عن حدوث ضرر للمؤجر أو عدم حدوثه[٣].

---

[١] تقول **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ،الجزء الأول،ص٨٢ ":ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها مخالف حكماً من أحكام القانون فحسب وإنما يتصل بهذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب"والمصلحة غير المشروعة هي المصلحة الخاصة المنافية للمصلحة العامة،وتفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة أمر واجب،وهذا التفضيل يجد سنده بالإضافة إلى ما نجده في نظرية التعسف في استعمال الحق الحديثة في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء،أيضاً في **مجلة الأحكام العدلية** وهي : (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام)المادة (٢٦٥)منها،و (يختار أهون الشرين) المادة (٢٩).

[٢] عدنان السرحان،ونوري خاطر،**شرح القانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص ٤٠٥.

[٣] المادة(٥/ج)من **قانون المالكين والمستأجرين** رقم (١١) لسنة ١٩٩٤.

رابعا : تجاوز ما جرى عليه العرف و العادة في استعمال الحق .

أما المعيار الرابع[١]،فهو تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة في استعمال الحق حيث أن المشرع الأردني وكما أشار في المذكرات الإيضاحية قد أخذ هذا المعيار مما استقر عليه الفقه الإسلامي في هذا المجال،وقد أشار الفقهاء المسلمين إليه كمعيار ومناط للتعسف،حيث يحددون هذا المعيار فإن الاستعمال للحق غير المعتاد هو عبارة عما يكون مع عدم الحيطة والتبصر إلى الطريقة التي يمارس فيها الحق مما يخرجه عما ألفه الناس وأهل الخبرة عادةً،وقد أشار إليه الحنفية في كتبهم فقالوا :"تصرف المالك في ملكه لا يتقيد بشرط السلامة مع ورود التقيد بالاستعمال المعتاد"،ومثال ذلك عفوهم عمن سقى زرعه بطريقة لم يألفها الناس فأتلفت بذلك زرع جاره[٢].

وتطبيق ذلك على مضار الجوار غير المألوفة عادةً،حيث يسمح العرف ببعض الضرار المألوفة بين الجيران،مثل الحفلات في المناسبات والعطل الرسمية،وينص القانون على :"١-على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر لملك الجار،٢-وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة."[٣]،ومن تطبيقات الضرر الفاحش ما نص عليه القانون بقوله :"حجب الضوء عن الجار يعد ضرراً فاحشاً فلا يسوغ لأحد أن يحدث بناء يسد به نوافذ بيت جاره سداً يمنع الضوء عنه،وإلا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعاً للضرر"[٤].ويعد هذا المعيار الأخير مكملاً ومؤكداً للمعايير الثلاثة السابقة فهو يشترك معها في تحديد التعسف في استعمال الحق.

والخلاصة من ذلك أن نظرية عدم إساءة استعمال الحق تعد تطبيقاً للقاعدة القانونية الأساسية المتضمنة وجوب عدم الإضرار بالغير طوعاً ودون مبرر مشروع وأن العمل السيئ هو نقيض الحق نظراً للطبيعة المناقضة للمجتمع ولطبيعة الهدف الذي يقصده مستعمل الحق،فمحاولة تغير الحق من وظيفته الاجتماعية يعد تعسفاً لا يستحق الحماية،عندما يكون في التصرف بالحق تغير غير منطقي أو غير مألوف في عناصره وفي نتائجه.

---

[١] ونلاحظ أن المشرع الأردني قد انفرد بهذا المعيار عن باقي التشريعات العربية التي لم يرد بها ما يشابهه.

[٢] إسماعيل العمري،**الحق ونظرية التعسف فيه**،مطبعة الزهراء الحديثة،الموصل،الطبعة الأولى،١٩٨٤،ص ١٤٧.

[٣] المادة(١٠٢٧) من **القانون المدني الأردني**.

[٤] المادة(١٠٢٥) من **القانون المدني الأردني**.راجع أيضا المادة(١٢٧٩) من **القانون المدني الأردني**.

المطلب الخامس

انتفاء الخطأ الجسيم

الخطأ الجسيم هو الخطأ الناشئ من عدم الفطنة أو الإهمال ,وانحراف شديد بالسلوك مع توقع الفاعل احتمال حصول ضرر وقد ذكرنا لدى مطلب الخطأ العمد،بأن الخطأ الجسيم قرينة على الخطأ العمد،ومتى يعتبر درجة من درجات خطأ الإهمال ملحقاً بالخطأ العمد لا قرينة عليه ؟.

في رأينا أن نية الإضرار هي التي تعين على الجواب.

فإذا كان مرتكب الخطأ الجسيم يقصد منذ البداية إلحاق الضرر بالغير،ولكنه تخلصاً من وطأة المسؤولية لم يرد أن يظهر بمظهر الفاعل الإيجابي،بل بمظهر المتخذ لموقف سلبي،وكان لا يمكن عقلاً تغيير موقفه إلا عن طريق إفتراض اتجاه قصده إلى تحقيق النتيجة غير المشروعة،كانت خطوة المتخذ مظهر الإهمال قرينة على الخطأ العمد،أما إذا لم تتوفر نية الإضرار فإن الإهمال الذي لا يرتكبه حتى الشخص دون المعتاد وهو خطأ جسيم يلحق من حيث آثاره بالخطأ العمد.

والخطأ الجسيم بصفته أعلى درجة من درجات خطأ الإهمال يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي،ولكن يمكن إلحاقه بالخطأ العمد من حيث الآثار وهذا يجعل من المناسب البحث فيه ضمن الأخطاء التي تقاس بتوفر سوء النية لدى مرتكبيها وعمل المشرع هذا يجد أساسه التاريخي فيما كان سائداً في الفقه الروماني من أن : "الخطأ الجسيم أخو الغش والخديعة"[١].

---

[١] **مدون جوستنيان**،ترجمة عبد العزيز فهمي،مرجع سابق،ملحق بتقريرات خاصة بالتبعات والضمان،فقرة ٦.

فما هي فكرة الخطأ الجسيم،وما هي سمات هذا الخطأ المميزة له عن سائر الأخطاء غير العمدية في جانب المتعاقد الذي تعفيه من الآثار التي تترتب على الخطأ العمد وفي حال ثبوته ،و يرتب عليه نفس آثار الخطأ العمد في أغلب الأحوال .

وفي صدد هذا الإيضاح نبحث عن فكرة الخطأ الجسيم كما صورها بعض الفقهاء،هـذا في الفرع الأول،أما في الفرع الثاني سوف نبحث به مفهوم الخطأ الجسيم ونبحث عـن سـلطة القاضي في تقدير الخطأ الجسيم وهذا في الفرع الثالث.

الفرع الأول

فكرة الخطأ الجسيم

أتجه القضاء الفرنسي إلى تحديد فكرة الخطأ الجسيم بدرجة الجسامة التي يتميز بها عن الخطأ العادي،ويفترض به الغش من حيث أنه غير اختياري[١]،وبذا الفكرة عرفت محكمة السين الفرنسية الخطأ الجسيم :"أنه ليس هو الخطأ الذي يقدر بمعيار شخصي،ولا هو الخطأ المهني،ولا هو الخطأ الذي يرتكبه الفاعل بقصد إحداث الضرر أو يرقى إلى حد الجريمة،وإنما يتميز نطاقه بجسامة تتم من عدم الكفاءة أو عدم المبالاة الجنوني أنه تصرف بتهاون وقصور دون تبصر،إنه تهور واعي"[٢].

وقد ذهب القضاء الأردني في بعض قراراته اعتماد معيار درجة جسامة الخطـأ فـي تعريف الخطأ الجسيم،حيث نص على(أنه لا يسقط حق المصاب بالمطالبـة بالبـدل اليـومي والتعويض ما دام أنه لم يتم عن فعله خطأ جسيم بلغ حداً من الخطورة)[٣].وأيضـاً أن الخطـأ الجسيم حتى يستوي مع الفعل المتعمد يقتضي أن تكون الجسامة في الخطأ بالغة حد الخطـورة المساوية للفعل العمدي[٤].

---

[١] نوري خاطر ،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،ص ٦٣.
[٢] محكمة السين في قراراها الصادر في شباط،١٩٥٢،نقلاً عن نوري خاطر،**مرجع سابق**،ص ٦٣.
[٣] قرار **محكمة استئناف عمان**،حقوق رقم ١٩٩٠/٦٣٦ الصادر في ١٩٩٠/١٠/١٥،غير منشور.
[٤] قرار **تمييز حقوق** رقم ١١ في القضية ٨٩/٧٢١ في ١٩٨٩/١٠/١٤،غير منشور.

ويرى جانب من الفقه أن الخطأ الجسيم يتأسس على درجة احتمال الضرر أو إمكان توقعه فإذا تعمد الشخص حصول الضرر وتأكد أن فعله سوف يؤدي إليه،ومع ذلك أقدم عليه يعتبر قاصداً نتيجة فعله ومتعمداً إياه،أما الشخص الذي كان يتوقع فقط حصول الضرر فيأتي الفعل دون أن يقصد حصوله فخطؤه يعتبر جسيماً[١].

يمكن القول قياساً على رأي اسمان،بأن إهمال الوكيل بإرادته في تقاضي الأجرة من المستأجر،إلى أن تمكن الأخير من نقل محصولاته إذا أدى إلى تفويت الأجرة يعد خطأً جسيماً،وكذلك إذا كان وكيلاً في الإقراض فأقرض شخصاً ظاهر الإعسار أو معروفاً بالمماطلة ولم يأخذ تأمينات لضمان القرض أو أخذ ضمانات يعرف أن قيمتها غير كافية[٢]،ففي الحالتين كان على المدين-الوكيل-أن يعلم بأن إهماله يحتمل أن يؤدي إلى حصول هذه الأضرار للموكل.

وقد عرفته بعض التشريعات العربية في قوانينها الخاصة،بأنه كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من الناقل أو من تابعيه مقرون بعلم لما قد ينجم عنه ضرر[٣].

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه:"انحراف شديد بالسلوك مقرون بتوقع الفاعل أو بإمكانه أن يتوقع احتمال حصول الضرر لو بذل من الحرص ما تتوجب الظروف من الشخص العادي"[٤].

فقطع صاحب الأرض الماء عن الزرع الذي قام بزراعته المدعي بموجب عقد بينهما يعد خطأً جسيماً يوجب الحكم بقيمة الضرر وإن جاوز مبلغ التعويض المتفق عليه[٥].

---

[١] محمد عبد الظاهر حسين،**المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل**،دار النهضة العربية/القاهرة،١٩٩٣،ص ٣٧٨ ،ويشير فيه إلى الفقيه اسمان .

[٢] أنظر هذه الأمثلة في مسؤولية الوكيل عن الخطأ الجسيم،السنهوري،**الوسيط**،الجزء السابع،مرجع سابق،فقرة ٢٥٢،ص ٤٦٣.

[٣] المادة (١٧) من **قانون النقل العراقي** رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٣.

[٤] نوري خاطر ،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،ص ٧٦.

[٥] عدنان السرحان،ونوري خاطر ،**شرح القانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص ٣٣٤،ويشير إلى قرار محكمة التمييز العراقية المشار إليه عند عبد المجيد الحكيم،مصادر الالتزام،فقرة ٦٩٩،ص٤٠٩.

ومن خلال هذه التعريفات المتعددة للخطأ الجسيم يمكن القــول بأنـــه هــو الخطـــأ أو الانحراف الشديد في السلوك والذي يتوقع مرتكبه احتمال ترتب الضرر عليـــه أو أن شخصـــاً عادياً بمثل ظروف مرتكبه كان سيتوقع احتمال ترتب الضرر عليه وبلغ حداً من الجسامة.

الفرع الثاني

مفهوم الخطأ الجسيم

إن أحكام المحاكم تدل على تطبيق مزدوج لفكرة الخطأ الجسيم،فهي تارةً تستعمل هــذا اللفظ بالمعنى المعروف في عهد الرومان وتارةً تســتعمله فــي معنــى جديــد تطلــق عليــه اصطلاح(الخطأ غير المغتفر)،وقد استعمل القضاء الفرنسي الخطأ الجسيم بمعنى ثالث هو الخطأ المربح أو ما تسميه الخطأ المكسب والذي ينحصر في الحالات التي يرمي فيها المدين بخطئــه إلى تحقيق ربح أو اقتصاد في النفقات على حساب الدائن[1].

ولقد أصبحت الحالات التي اعتبرتها المحاكم خطأ جسيماً وسيلة لتعيين مفهــوم الخطــأ الجسيم وذلك بالقياس عليها.

وسنستعرض مفهوم الخطأ الجسيم من خلال معانيه الثلاثة و هي :

أولا :الخطأ الجسيم بالمعنى التقليدي

لقد اعتبر القضاء المقارن الحالات الآتية خطأ جسيماً،وهي :-

١-إذا كان الضرر ماساً بمصالح حيوية للإنسان-كسلامة جسمه بنــوع خــاص-إذ أن الأمر يقتضي أشد[2].

---

[1] نوري خاطر،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،ص ٦٤.
[2] حسن الأبراشي،**مسؤولية الأطباء**،مرجع سابق،ص١٤٨ ،عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص ٩٥،نوري خاطر،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم**،مرجع سابق،ص ٦٤.

٢-إذ كان الإخلال حاصلا بالتزام علق عليه الدائن أهمية خاصة -أو على الأقل إذا كان المدين عالماً بهذه الأهمية[١]-فإذا صدّر شخص بضاعة وتطلب سرعة خاصة في توصيلها فإن تأخر الناقل في نقلها يعد خطأ جسيماً وإن عدّ في الأحوال العادية خطأ يسيراً.

٣-حالة ما إذا كان تحت تصرف المدين من الوسائل الفعّالة ما يضمن له حسن التنفيذ،ومع ذلك أخطأ في التنفيذ فمسؤولية أصحاب المهن أشد من مسؤولية الشخص العادي،فالإهمال الذي لا يوصف بأنه من قبيل الخطأ إذا صدر من أحد الإفراد قد يعتبر خطأ جسيماً إذا أرتكبه صاحب حرفة في عمله[٢].

٤-الخطأ قد يعتبر تافها،إذا صدر من الشخص لأول مرة،فإن تكرر حصوله منه عدّ خطأ جسيماً مثلاً لو أن السرقات تكررت ،فإن إهمال الناقل لأول مرة الذي قد يكون في ذاته خطأ تافها يصبح خطأ جسيماً في المرات التالية،إذ كان عليه أن يفهم ما يفهمه كل الناس من احتمال استمرار السرقات فيضاعف من عنايته في حراسة البضاعة المنقولة.

٥-قد يكون الخطأ في ذاته تافها،ولكنه إذا أقترن بأخطاء أخرى يصبح جسيما،مثلا إذا ترك شخص كيساً فيه جواهر ثمينة في إحدى عربات السكك الحديدية فوق كان مهملا ،مخطئاً،ولكن خطأه يصبح جسيماً إذا كان الكيس من الصغر بحيث كان من السهل عليه أن يحمله أينما ذهب[٣].

٦-ويعتبر مرتكبا خطأ جسيماً الدائن أو المدين الذي يتراخى في تنفيذ التزامه وينزل عن يقظته العادية،اعتماد منه على الحماية التي يوفرها له عقد التأمين،أو الحصانة التي يهيئها له شرط الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها[٤].

---

[١] عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص ٩٥،نوري خاطر،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم**،مرجع سابق،ص ٦٥.

[٢] حسن الأبراشي،**مسؤولية الأطباء**،مرجع سابق،ص١٥٦،عبدالجبار ناجي،**المرجع السابق**،ص٩٦،نوري خاطر،**المرجع السابق**،٦٩.

[٣] حسن الأبراشي،**المرجع السابق**،ص ٤٥٧،عبد الجبار ناجي،**المرجع السابق**،ص٩٦.

[٤] عبدالجبار ناجي،،**المرجع** سابق،ص ٩٦.

وأما الظروف المخففة للخطأ الجسيم فهي:-

١- الظروف المحيطة بالشخص والسرعة المتطلبة.

وبهذا ما يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم في ظروف عادية قد لا يعتبر إلا خطأ تافهـــا إذا أحاطت بالشخص ظروف اقتضت من سرعة لم يستطيع معها مراعاة الحيطة المطلوبة[١].

٢- الالتزام بالمجان.

إن الالتزام بالمجان هو أحد صور عقود المجاملات التـــي تنشـــأ عـــن العلاقـــات الأســـرية و الاجتماعية بين أفراد المجتمع .فهي علاقات تبنى على المودة و التعاون بين الناس و لا يترتب عليها أي أثر قانوني (التزام) و مثال ١لك موضوع النقل بالمجان , فلو دعـــا شـــخص آخـــر لحضور مباراة على ان يأخذه معه بسيارته الخاصة و حصل حادث أو ضرر للراكـــب نتيجـــة لخطأ السائق فالقاضي قد يتساهل في تقدير الخطأ إذا كان الالتزام بالمجان حيث يشترط فيـــه أن يكون جسيماً لأن من يقدم خدمة مجانية يقصد أن يلتزم في مستوى العناية التي كان يبذلها لـــو كان يتقاضى أجراً على عمله فالالتزام يجب أن يتناسب مع الثمن[٢] أي المقابل من هذا العقد و ذلك لان عقود المجاملات (المجانية) تلتقي مع العقود القانونية من أن كلاهما و ليد الإرادة.

---

[١] حسن الأبراشي،**مسؤولية الأطباء**،مرجع سابق،ص ١٥٥.

[٢] حسن الأبراشي،**مسؤولية الأطباء**،مرجع سابق،ص٤٠٥ ،،نوري خاطر،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم**،مرجع سابق،ص ٧١.

ثانيا:الخطأ الجسيم بمعنى الخطأ غير المغتفر

الخطأ الجسيم بهذا المعنى الذي يصدر عن أصحاب المهن في ممارستهم لمهنتهم وتقديم الخدمات المطلوبة إلى عملائهم كخطأ المحامي أو الطبيب أو خطأ رب العمل،فهو الفعل أو الترك الذي ينم عن خرق أكيد للقواعد المهنية بانعقاد الرأي بين أرباب المهنة الواحدة وعدا هذا الفعل أو الترك فإن المهني لا يعد مسؤولاً عن أي فعل أو ترك غيره،فالشك في كون الفعل أو الترك يشكل خرقاً للقواعد المهنية،بأن تكون صحته موضع خلاف بين أبناء المهنة الواحدة،أو يوجد له بعض المبررات المعقولة،ينفي عنه صفة الخطأ الجسيم والقضاء بتأثره باعتبارات التقدم الاجتماعي وتعزيز روح الابتكار والتجديد لم ير داعياً إلى مساءلة صاحب المهنة عن كل النتائج غير المرضية للعمل،إذ لو فعل ذلك لشل أيدي المهنيين والفنيين عن ممارسة أعمالهم التي تخصصوا بها وأصبحت مناط رزقهم،وهذا يؤدي من جهة ثانية إلى أن يسود الجمود والتخلف ميادين الأعمال الحرة وتتناقص فعالياتها في خدمة المجتمع.

تلك الخدمة الملحّة التي لا يرى المجتمع غنى عنها بحال فالقضاء في مساءلته لصاحب المهنة ينظر إلى اعتبارين:**الاعتبار الأول**:فسح المجال للاجتهاد مهني لأداء الخدمة بأفضل طريقة و بأجدى النتائج .

الاعتبار الثاني:التشديد مع المهني،في كل خطأ يثبت أنه خرق أكيد للقواعد القانونية والمهنية[1]،واعتبار هذا الخطأ جسيماً ومعاملة مرتكبه معاملة المخطئ عمداً،صوناً وحماية لحقوق ومصالح الأفراد المتعاملين مع المهنيين.

---

[1] تمييز حقوق رقم ٨٨/٣٨٠،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٩٩،ص١٤٠٦،حيث جاء فيه:"..من المقرر في شأن الخطأ المهني أن المعيار الذي يقاس على هذا الخطأ هو معيار فني وبالتالي فهو معيار شخصي من أواسط رجال الفن،ومثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول فنه..".

إن القول بأن سوء التقدير المهني وإن أدى إلى الإضرار بالمتعاقد غير المهني لا يكون داعياً للمساءلة إذا كان سوء التقدير هذا لا يمكن أن يبدو من معظم هؤلاء الذين يمارسون مهنة معينة،فهو مما لا يمكن التحرز عنه،ولا يعد خطأ قانونياً،أما سوء التقدير الناجم عن نقص في المهارة والكفاءة وكما يشهد بذلك أغلبية القائمين بمهنة معينة فهو الذي يطلق عليه الخطأ غير المغتفر[1].

وقد حاول القضاء الفرنسي أن يجد معياراً لمثل هذا النوع من الخطأ،فأصدرت محكمة النقض الفرنسي حكماً في (١٩٣٢/٧) ميزت الخطأ غير المغتفر بثلاث عناصر هي الصفة الإرادية للفعل أو الترك،والمعرفة بالخطر الذي يمكن أن ينتج عن الفعل أو الترك،وأخيراً عدم وجود عذر يبرر هذا الفعل أو الترك[2].

وقد قضت الدوائر المجتمعة بمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ(١٥/تموز/١٩٤١) بأن الخطأ الذي لا يغتفر يتأدى في ذلك الخطأ الذي يبلغ من الجسامة حداً غير عادي،وينجم عن فعل أو ترك إرادي بكيف كان يجب أن يخامر الفاعل الخطر فيه وذلك مع انعدام أية دواع تبرره.

ومن ذلك أن الخطأ الذي لا يغتفر من جانب رب العمل ,ليس معناه ما يكون قد صدر عنه من إهمال ولو كان جسيما ,أو ما بدء منه بإغفاله الاحتياطات الواجبة لكفالة السلامة ,إنما هو ذلك التهاون المطلق و عدم المبالاة بما يوجب من التعويض للخطر ,بنحو تنعدم فيه أية دواع لوقوعه أو ما يبرر ذلك السلوك .

وهذا الخطأ تنعدم فيه نية الإضرار ما يميزه عن الخطأ العمد الذي يجب توافرها فيه،ثم تلا تلك الأحكام ما يؤيد هذا الاتجاه ويؤكد بأنه ليس ضرورياً أن يتوافر علم الفاعل بما يترتب على الفعل أو الترك وإنما يكتفي بأن يكون قد دار بخلده إمكان وقوع الخطر الذي استخدم إرادته في عدم توقيه[3].

---

[1] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٩٩.
[2] نوري خاطر ،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،ص ٥٤.
[3] حسين عامر ،**المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،فقرة٢١٠،ص١٨٥.

وان الخطأ الذي لا يغتفر إنما يخلو من معنى الغش الذي قد يقارب الخطـأ الجسـيم أو يشتبه به ، وهذا هو وجه التفرقة بينهما . فيعتبر مخطئا خطأ لا يغتفر،رب العمل الذي عهد إلى إحدى عاملاته بمصباح موقد ,وقد ملأه بمادة انفجرت بدلا من أن يملأه بزيت البترول . وكذلك يخطئ رب العمل خطأ لا يغتفر بإباحته –مخالفة القوانين و الأنظمة –إشعال النار فـي أمكنـة أودعت بها مواد ملتهبة،بينما هو أيضا –على عكس ما يجب اتباعه من اللوائح في هذا النوع من المنشئات – لم يكن قد جهز تلك الأمكنة بالات الإطفاء و لا بنشر التعليمات الواجب مراعاتهـا في حالة حدوث حريق .([1])

وبهذا يمكن قصر المسؤولية بالنسبة إلى المهنيين على الخطأ الجسيم وحده،وهذا ما ورد في قانون نقابة المحامين الأردنيين:"على المحامي أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص وهو مسؤول في حالة تجاوز حدود الوكالة أو خطئه الجسيم"[٢]،فالخطأ الجسيم في هذه الحالـة،هو

الخطأ الذي يتفق الرأي بين أرباب المهنة الواحدة على مخالفته لقواعد المهنة،لذلك فـإن مرجع الحكم ما إذا وجد خطأ جسيم من جانب المحامي هو المحامون أنفسهم[٣] في الانحـراف الشديد في السلوك المهني الذي لا يقع في العادة من اقل المهنيين حرصا، فإن القاضي تبعاً لذلك أن ينسب الخطأ الجسيم له ويرتب عليه المسؤولية.

ومن أمثلة خطأ المحامي الجسيم حالة أن يذهب إلى الجلسة وهو في حالة سكر واضـح مما يؤدي إلى تضارب أقواله وعدم اتزان تصريحاته أو إهماله في ملف القضية مما ينتج عنـه ضياع معظم مستنداتها أو سرقتها أو في حالة تراخيه في رفع الاستئناف حتى فوت ميعاده[٤].

وكما يعتبر خطأً جسيماً غياب المحامي عن جلسة المرافعة بغير سبب جدي[٥]،ولم

---

[1] حسين عامر ,**المرجع السبق** , فقرة ٢١١,ص١٨٦, ويشير الى حكم محكمة باريس في ٢ يوليه سنة ١٩٥٢جازين دى باليه ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٢.

(٢)المادة(٥٥) من قانون **نقابة المحامين النظاميين الأردنيين**،وقد ذهب إلى نفس الحكم **قانون المحاماة العراقي**لعام ١٩٦٧ في المادة (٤٣) منه.

(٣) تمييز حقوق رقم ٨٨/٣٨،**مجلة نقابة المحامين** ،لسنة ١٩٩٩،ص ١٤٠٦.

(٤) محمد عبد الظاهر،**المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل**،دار النهضة العربية ،القاهرة،١٩٩٣،ص ص ٣٦٧-٣٦٨.

(٥) حسين عامر،**المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،فقرة ٢٧٨،ص٢٤٧.

يعرف المشرع الأردني الخطأ غير المغتفر صراحة كبقية التشريعات العربية[١]،ولكن يمكن إلحاقه في نطاق العقود بالخطأ العمد،بسبب انه الخطأ الذي يبلغ من الجسامة حدا غير عادي وينتج عن فعل أو ترك إرادي أو عن معرفة بالخطر كان يجب أن توجد لدى الفاعل ,مع تخلف أي سبب مبرر،مع انه يتميز عن الخطأ العمد بتخلف عنصر العمد محل ذلك في إطار المسؤولية التقصيرية فلا حاجة لنا بالبحث في هذه الفروقات لان كل خطأ يسأل عنه الفاعل لان أساس المسئولية هو الضرر وليس الخطأ .

ثالثا :الخطأ الجسيم بمعنى الخطأ المربح

الخطأ المربح هو ذلك الذي يصدر عن باعث لدى المدين للحصول على فرصة جديدة للربح[٢]،فالناقل البحري،الذي يضع البضائع على ظهر السفينة بدلاً من وضعها في مخازنها على الوجه المتفق عليه في العقد والذي قدرت على أساسه أجرة النقل،ليخصص المخازن لبضائع أخرى،فيزيد الكسب الذي يجنيه،فيرتكب خطأ جسيماً.وكذلك الناقل البحري الذي يفرغ شحنة السفينة دون حيطة ويترك البضائع عرضة للأمطار رغبة منه في كسب الوقت[٣]،أو الذي تبحر سفينته قبل تهيئتها للسفر[٤]،كل هؤلاء يعاملهم القضاء معاملة مرتكب الخطأ العمد وبهذا نرى أن الخطأ غير المغتفر ليس إلا هو من قبيل الخطأ العمد كون أن توفر الصفة الإرادية في الخطأ تضفي عليه صفة العمد لأن توقع الفاعل نتائج فعله وقبوله إياها يكون ارتكب خطأ عمدياً.

---

[١] أنظر المادة(٥٧) من قانون **التأمين الاجتماعي المصري** رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥،والمادة ٥٨ من **قانون التقاعد والضمان الاجتماعي العراقي** رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

[٢] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص١٠٢.

[٣] محمد إبراهيم دسوقي،**تقدير التعويض بين الخطأ والضرر**،الإسكندرية،بدون سنة طبع،ص٣٨٧،عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص١٠٢.

[٤] عبد الجبار ناجي،مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود،المرجع سابق،ص١٠٢.ويشير إلى قرار محكمة مرسيليا التجارية في ٢٩ يوليو ١٩٣٠،المشار إليه من قبل محمود جمال الدين زكي،اتفاقات المسؤولية،القاهرة،١٩٦١،فقرة٢٩،ص٦٠.

الفرع الثالث

سلطة القاضي في تقدير الخطأ الجسيم

لقاضي الموضوع سلطة الفصل في ثبوت الوقائع المكونة للخطأ،إذ أن تحقق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله،هو في الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب على تقديره[١]،ولكن تكييف تلك الوقائع وما إذا كانت تعتبر خطأ في جانب المدين أو أن الترك يرتبط بالضرر الناشئ ارتباط السبب بالمسبب،وكذلك تقدير نوعية الخطأ وما إذا كان غشاً أو خطأ جسيم أو غير جسيم هو من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة–محكمة التمييز –[٢]؛لأنه من المسائل القانونية،وعندما يتصدى القاضي للخطأ الجسيم،يجب أن يستعين أولاً بالمعيار الشخصي(الذاتي)،فيعتد بالمهارة الزائدة لدى الفاعل وخبرته وتعليمه وسنه وذكائه وتخصصه وإمكانيته وسمعته وسبق ارتكابه لهذا النوع من الحوادث مما يؤكد لديه على درجة الخصوص توقع احتمال حدوث الضرر،فنكون بصدد خطأ جسيم،إذا كانت هذه الظروف الذاتية من شأنها أن يولد لديه توقع حدوث الضرر،أما إذا لم يتيسر للقاضي كشف توقع الضرر من الظروف الذاتية للفاعل،فعليه باللجوء إلى المعيار الموضوعي،الذي ينظر إلى الشخص المعتاد في توقع حصول الضرر من عدمه[٣].

ويعود سبب اعتماد المعيار الشخصي(الذاتي) إلى جانب المعيار الموضوعي،إلى أن فكرة الخطأ الجسيم تستند في أساسها إلى القاعدة الخلقية وإن كانت لا تطابق فكرة الخطأ الأخلاقي تماماً بل تقترب من حيث توافر الحالة النفسية لدى الفاعل[٤].

وبهذا نجد أن الخطأ الجسيم يأخذ حكم الخطأ العمدي عن سوء نية،لأنه من الصعب إثبات الخطأ العمدي بطريق مباشر،فيستدل عليه بجسامة الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد أثناء التعاقد مع الطرف الأخر.

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم ٢٠٠٢/٢٨٦١،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ٢٠٠٣،الأعداد السابع والثامن والتسع،ص ١٥٢٦،حيث جاء فيه:"..حيث لا رقابة لمحكمتنا على محكمة الموضوع في وزن وتقدير البينة طالما أن البينات المقدمة تؤدي للنتيجة التي توصلت إليها محكمة الموضوع".

[٢] ياسين الجبوري،**المبسوط**،الجزء الأول،المجلد الأول،مرجع سابق،ص٣٥٣،ويشير إلى فؤاد صالح درادكه،الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني،الطبعة الأولى،١٩٩٥،ص ١٧١

[٣] نوري خاطر،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم**،مرجع سابق،ص ٧٦.

[٤] **المرجع ذاته**،ص٧٧.

المبحث الثاني
آثار الإخلال بحسن النية وفقا للأساس الشخصي

نستطيع القول بأن المشرع يرى في الإخلال بحسن النية وفقا للأساس الشخصي(الذاتي) إخلالاً بالنظام العام.ذلك أن المجتمع لا يسمح لأي فرد أن يتعمد إلحاق الضرر بالغير،وهذه القاعدة تفرضها ضرورة التعايش وصيانة الثقة المشروعة وعلى ذلك فإن حسن النية بالأساس الشخصي(الذاتي)ذو أهمية تتميز عن أهمية حسن النية وفقا للأساس الموضوعي،والمجتمع هو الذي منح حسن النية وفقا للأساس الشخصي الذاتي هذه الأهمية الخاصة،إذ في الوقت الذي يعتبر أي إخلال به أمراً يستوجب فرض جزاءات قانونية مشددة تصل إلى حد العقوبات الجزائية على القائم بالإخلال،فإنه يرى في حسن النية وفقا للأساس الموضوعي مرتبة أدنى من حسن النية وفقا للأساس الشخصي الذاتي،إذ يغلب ألا يرتب على الإخلال به من أثر سوى تكييف فعل الإخلال على أنه خطأ يستوجب التعويض إذا توفرت سائر شروط المسؤولية وبقيد واحد هو أن لا يبلغ هذا الخطأ حد الخطأ الجسيم الذي يعد ملحقاً بالخطأ العمد.

والواقع أن خطة بحثنا استوحت الأهمية النوعية لحسن النية بكل أساس على حده،إذ لو لم يوجد فرق بين نوعي حسن النية لما وجدت حكمة وفائدة من بحث كل منهما في فصل مستقل.

وحيث أن حسن النية بصورة عامة حالة سلبية في الإنسان وأن المقرر في كل فرد أن يتصف به،فالإتصاف به شرط لنفي الخطأ وعدم تحقق المسؤولية.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتكلم في المطلب الأول عن القانون الجزائي والأخطاء العقدية العمدية،وعن الأحكام القانونية العقدية للخطأ العمد والخطأ الجسيم في المطلب الثاني.

المطلب الأول

القانون الجزائي والأخطاء العقدية العمدية

هناك خطأ أخلاقي وخطأ قانوني والخطأ القانوني هو أما خطأ مدني وإما خطأ جنائي فما هي خصائص كل من الخطأ الأخلاقي والخطأ القانوني،ثم ما هي خصيصة الخطأ الجنائي؟.

إن خصيصة الخطأ الجنائي تلقي الضوء على الاعتبارات التي دفعت المشرع إلى إضفاء صفة الخطأ الجنائي على الأخطاء العمدية التي سوف نستعرضها.

فالمسؤولية الأخلاقية تكون حين يقترف المرء إثماً يسأل عنه أمام الله ويحاسب عليه الضمير،سواء أكان ذلك بعمل أم بالامتناع عن عمل،والمعيار هنا ينحصر في حسن النية،والأمر في هذا شخصي بحت،والمسؤولية الأخلاقية قد تتوافر لمجرد القصد أو ما يخالج النفس من إثم أو عدوان[1]،كما أنه ليس من جزاء فيها.ومن هذا يتضح وجوب استبعاد المسؤولية الأخلاقية من نطاق المسؤولية القانونية التي يهدف القانون في دائرتها إلى تنظيم العلاقات بين الأفراد،ولا تقوم هذه المسؤولية إلا بوقوع ضرر يترتب عليه جزاء قانوني.

خصيصة الخطأ الجنائي،هي أنه يثير شعوراً من الاستنكار العام لدى المجتمع،أما الخطأ المدني،فهو من وجهة نظر المجتمع،أقل جسامة من الخطأ الجنائي.

ولقد عاقب المشرع الأردني المتعاقدين الذين يرتكبون أخطاء عقدية معينة.فما هي هذه الأخطاء وما هي العقوبات التي نص عليها لردع مرتكبيها؟.

أولاً:-جريمة الغش في نوع البضاعة

نصت المادة(٤٣٣)من قانون العقوبات الأردني رقم(١٦)لسنة١٩٦٠ على ما يلي:(كل من غش العاقد عن معرفة سواء في طبيعة البضاعة أو صفاتها الجوهرية أو تركيبها والكمية

---

[1] حسين عامر،**المسؤولية المدنية**،فقرة ٣،ص ٢.

التي تحتويها من العناصر المفيدة أو في نوعها أو مصدرها عندما يكون تعيين النوع والمصدر معتبراً بموجب الاتفاق أو العادات السبب الرئيس للبيع يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من خمسة دنانير إلى خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين).

وتستجيب هذه العقوبة في القانون الوضعي مع ما أمر الله تعالى به من الاستقامة في المعاملات وتجنب الرذائل إذ قال تعالى(وأوفوا الكيل إذا كلتم وزنوا بالقسطاس المستقيم ذلك خير وأحسن تأويلا)[1].

وقد مرت بنا صور من الأعمال الغشية التي يرتكبها مسلموا الأعيان المنقولة في المبحث الثاني انتفاء الغش مما تنطبق عليها العقوبة المذكورة في هذه المادة.

ثانياً:-جريمة إساءة الائتمان:-

تنص المادة(٤٢٢)من قانون العقوبات على(كل من سلم إليه على سبيل الأمانة أو الوكالة ولأجل الإبراز والإعادة أو لأجل الاستعمال على صورة معينة أو لأجل الحفظ أو لإجراء عمل-بأجر أو بدون أجر-ما كان لغيره من أموال ونقود وأشياء وأي سند يتضمن تعهداً أو إبراء بالجملة كل من وجد في يده شيء من هذا القبيل فكتمه أو بدله أو تصرف به تصرف المالك أو استهلكه أو أقدم على أي فعل يعد تعدياً أو امتنع عن تسليمه لمن يلزم تسليمه إليه،يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبالغرامة من عشرة دنانير إلى مئة دينار).

كما نصت المادة(٤٢٣)من قانون العقوبات على:(١-إذا كان مرتكب الأفعال المبينة في المادة السابقة خادماً بأجرة أو تلميذاً في صناعة أو كاتباً مستخدماً،وكان الضرر الناشئ عنها موجهاً إلى مخدومه فلا تكون مدة الحبس أقل من سنة واحدة.٢-ولا تكون العقوبة أقل من ثلاثة أشهر إذا كان مرتكب الأفعال المذكورة أحد الأشخاص المذكورين أدناه:-

أ-مدير مؤسسة خيرية وكل شخص مسؤول عن أعمالها.

ب-وصي القاصر أو فاقد الأهلية.

---

[1] سورة الإسراء،**آية** رقم ٣٥ .

ج-منفذ الوصية أو عقد الزواج.

د-كل محام أو كاتب عدل.

هـ-كل شخص مستناب عن السلطة لإدارة أموال تخص الدولة أو الأفراد أو لحراستها).

ويلاحظ أن القانون شدد مسؤولية أرباب الحرف والمهن،فبينما يجوز للقاضي أن يحكم بالحبس والغرامة على غير أرباب الحرف والمهن بالحبس من شهرين إلى سنتين وبالغرامة من عشرة دنانير إلى مئة دينار.فهو لا يملك تخفيض العقوبة عن سنة واحدة،وفقاً لنص المادة(٤٢٣/١)وثلاثة أشهر وفقاً لنص المادة(٤٢٣/٢)وسبب هذا التشديد بلا شك هو اتخاذهم،باعتمادهم على مهنهم كمورد للرزق،مظهراً يبعث على مزيد من الثقة والاطمئنان للمتعاقد الآخر.

وخطأ الأمين،الجزائي،هو في الأصل خطأه في عدم المحافظة على الشيء المودع عنده وعدم رده بشرط أن يعتبر الأمانة مملوكة له.فهو ينوي تملك الشيء وحرمان صاحبه منه،ويمكن أن تظهر نية الأمين(المدين)بإضافة الشيء مباشرة إلى ملكه بأن يحتفظ به لنفسه أو يستعمله في غير ما أعد له،كما يجوز أن تظهر بعمل من أعمال التصرف كبيع أو رهن ولا يشترط عندئذ لتحقق الجريمة أن يتم التصرف فعلاً،فشروع الأمين في بيع ما أؤتمن عليه أو عرضه إياه للبيع عمل تتم به خيانة الأمانة لأنه دال بذاته على أن المتهم اعتبره ملكاً له،يجوز له التصرف فيه تصرف المالك.

وبالإضافة إلى الصور التي عرضناها عن خيانة الأمانة في معرض الكذب التدليسي،فإن من صور خيانة الأمانة أيضاً،إذا تبين أن أغنام المشتكي قد سلمت إلى المشتكى عليه ليرعى بها فإن يده عليها يد أمانة،وحيث أن إتلاف شيء من الأمانة أو كتمانه يشكل إساءة ائتمان[1]،وقبض

[1] قرار تمييز حقوق رقم ٦٩/١١٦،**مجلة نقابة المحاميين**،لسنة ١٩٦٦،ص٩٦٦،وينظر أيضاً تمييز حقوق رقم ٦٦/٣٩،سنة ١٩٦٦،ص ١٠٦٧.

المحامي الوكيل مبالغ لحساب موكله وامتناعه عن ردها يشكل جرم إساءة الائتمان[٢].وتصرف الموظف السائق بالكوبونات لأغراضه الخاصة يشكل إساءة ائتمان[٣]

ثالثا:-جريمة الغش إضراراً بالدائنين:-

تنص المادة(٤٤١)من قانون العقوبات:(أن المدين الذي يقوم بقصد إضاعة حقوق الدائنين أو منع التنفيذ في أمواله الثابتة على إنقاص أمواله بأي شكل كان ولا سيما بتوقيع سندات وهمية أو بالإقرار كذباً بوجود موجب أو بإلغائه كله أو بعضه أو بكتم بعض أمواله أو تهريبها،أو ببيع بعض أمواله أو إتلافها أو تعييبها.يعاقب بالحبس مدة شهر واحد حتى ستة أشهر وبغرامة من خمسة دنانير حتى خمسين ديناراً).

إن الضرر الذي لحق بالدائنين من جراء هذه التصرفات المبين في المادة السابقة منشؤه قيام المدين بإنقاص أمواله بأي شكل من أجل الإضرار بالدائنين وعدم قدرتهم على استيفاء حقوقهم منه فالمدين في هذه الحالة بالإضافة إلى ما ارتكبه من خطأ مدني يتحقق معه مسؤولية العقدية بعدم وفاء حقوق الدائنين فهو قد ارتكب خطأ جنائياً،لتفريطه في الضمان العام لحقوق دائنيه تفريطاً متعمداً قدر المشرع أنه من الخطورة بحيث يستوجب العقاب عليه،وهكذا فإن الخطأ المدني اقترن بجزاء جنائي ردعاً لمن يقدم عليه،وهكذا أيضاً يتضح تدرج الالتزامات في القوة،من التزام يحميه جزاء جنائي،إلى التزام يحميه جزاء مدني مشدد[١]،وإلى التزام يحميه جزاء مدني مخفف[٢]،إلى التزام يحميه ترتب حق لذي المصلحة من تنفيذ الالتزام في فسخ العلاقة العقدية[٣]،أو في إيقاف تنفيذ التزامه المقابل[٤]،وإلى التزام يحميه القانون بعدم اعترافه بالآثار الناجمة عن خرقه،أي عدم اعترافه بشرعية التصرفات المؤدية إلى خرقه،وعدم

---

[٢] قرار تمييز جزاء رقم ٢٠٠٠/٤٧٤،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ٢٠٠٣،العدد السادس،ص٣١٢.

[٣] قرار تمييز جزاء رقم ٢٠٠/٤٨،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ٢٠٠٢،الأعداد الرابع والخامس والسادس،ص ١٠٦٧.

[١] في وجوب التعويض عن ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب في حالة الغش وكما سيأتي ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل.

[٢] المادة(٣٦٣)من **القانون المدني الأردني**،التي ألزمت التعويض عن الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه في حال الأخطاء غير العمدية.

[٣] كما في ترتب حق المؤجر في فسخ الإيجار في حالة عدم استعمال المستأجر للشيء المؤجر الاستعمال المتفق عليه ولو لم يحصل ضرر،أنظر المادة(٦٩٣)من **القانون المدني الأردني**.

[٤] كما في حبس المبيع من قبل البائع في حالة عدم دفع الثمن من قبل المشتري،أنظر المادة (٥٢٣) من **القانون المدني الأردني**.

الاعتراف هذا يكون إما على صورة إبطال تلك التصرفات إبطالاً تاماً[١]،أو عدم الاعتراف بسريانها على أشخاص معينين[٢].

---

[١] كما في إبطال شروط الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم،أنظر المادة(٣٥٨) من **القانون المدني الأردني**،كما سيأتي بحثه وكذلك إبطال العقد إذا كان محله أو سببه غير مشروع،فالإبطال هو جزاء الخروج على الالتزام بعدم التعاقد على محل أو لسبب غير مشروع.

[٢] كما في عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن،أنظر المواد (٣٧٠-٣٧٤)من **القانون المدني الأردني**.

المطلب الثاني

الأحكام القانونية للغش والخطأ الجسيم

رتب القانون المدني،في مجال علاقات تنفيذ العقد،أحكاماً خاصة على ارتكاب الغش والخطأ الجسيم نحددها فيما يلي ثم نتناولها بالشرح.

١-التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة.
٢-بطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم
٣-جواز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) .
٤-جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية وجواز تحفيظها أو عدم القضاء بها إطلاقاً.
٥-عدم جواز إمهال المدين في حال ارتكابه الغش أو الخطأ الجسيم.
٦-عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المؤمن له.

الفرع الأول

التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة

نص القانون المدني على أن(١-إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة من تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود،هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك،٢-وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم)[١].

---

[١] المادة (٣٥٨) من **القانون المدني الأردني**،وفي نفس الحكم نصت المادة(٣/١٦٩) من **القانون العراقي** على: (..فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادةً وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب فائت).

ونص القانون المدني الأردني على :" إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه"[١].

وأيضاً نص على: إذا لم يكن الضمان مقدرا في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه "[٢].وبالتالي فأن الأصل العام أن التعويض لا يشمل إلا الخسارة أللاحقة دون الكسب الفائت (الربح الفائت)ولاكنتا نجد إن ما اتجهت إليه محكمة التمييز الأردنية في قراراتها إلى جواز التعويض عن الخسارة اللاحقة والكسب الفائت في بعض قراراتها فقد جاء فيها:"إذا لم يقم المدعى عليه بالتزامه المتمثل في تسليم باقي كمية الحديد المتعاقد عليها فإن من حق المدعي بعد إعذاره أن يطالب إما بتنفيذ العقد عيناً أو التنفيذ بطريق التعويض عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء بالالتزام،ويكون التعويض المستحق في هذه الحالة هو المقدار الثابت من الضرر والخسارة اللاحقين فعلاً بالمدعي من جراء النكول"[٣].

وبتحليل هذه النصوص و الأحكام نجد أن المدين الذي يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت،ونرى أن حكم هذه المواد يشمل الدائن الذي يتعسف في استعمال حقه بخطأ عمد أو بخطأ جسيم.

ويرى الأستاذ السنهوري أن مبنى هذا الحكم يقوم على افتراض قبول المدين التعويض عن الأمور المتوقعة،وهو المقدار المعقول الذي يرتضيه المدين(ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع،ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في حالتي غش المدين وخطأه الجسيم،أصبح المدين في هاتين الحالتين ملزماً بالتعويض عن كل الضرر متوقعاً كان أو غير متوقع)[٤].

---

[١] المادة(٣٦٣) من **القانون المدني الأردني**.

[٢] المادة(٢٦٦) من **القانون المدني الأردني**.

[٣] قرار تمييز حقوق رقم ١٩٨٢/٥٩،لسنة ١٩٨٣،ص ٢٤٢،**مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية**،مرجع سابق،الجزء الخامس،ص٢٩٨،راجع أيضاً:تمييز حقوق رقم ١٩٨٢/٥٢٣،ص١٥٦٥،لسنة ١٩٨٢،المرجع السابق،ص٥٢٢،،وتمييز حقوق رقم ١٩٨٧/١٢٤،لسنة ١٩٩٠،ص٤١،الجزء السابع،المرجع السابق،ص٩٩٥،وتمييز حقوق رقم ١٩٨٨/١٤٨،لسنة ١٩٩٠،ص ١٣٥٥،المرجع السابق،ص١٠١٦.

[٤] عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء الأول،فقرة ٤٥٢،ص ٧٧١.

إن مساواة حكم الغش والخطأ الجسيم في المجال العقدي بحكمه في مجال المسؤولية التقصيرية،هي التي ضيقت الفارق بين المسؤولتين إلى حد كبير،إذ لو لم يفهم من نصوص القانون في مجال التنظيم العقدي مثل هذه المساواة،لكان للخيرة بين المسؤولتين أهمية أكبر،ذلك أن ما يتوخاه المضرور أولاً وقبل كل شيء الحصول على التعويض الذي يستحقه،وعلى ذلك فإن أحكام القانون المدني الحالية لا تعطي إلا ميزة قانونية للمسؤولية التقصيرية على المسؤولية العقدية مما يجعل لجوء المتعاقد إليها مقصوراً على أضيق نطاق. وهذه الميزة في أن المسؤولية التقصيرية تشمل الخطأ اليسير و الجسيم و العمدي بعكس المسؤولية العقدية التي تقتصر على تغطية الخطأ اليسير

الفرع الثاني

بطلان الاتفاق على إعفاء المدين عن غشه أو خطئه الجسيم

لم يعترف المشرع الأردني صراحة بشرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها لمصلحة المدين في النطاق العقدي،ولكن يمكن أن نستخلصها من بعض نصوص القانون المدني الأردني،فالمشرع أقر بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[1]،و بما أن شرط الإعفاء هو وليد الإرادة ولا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة فلا يمنع الأخذ به هذا من جهة،وهناك نصوص تشير ضمناً إلى جواز الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها من جهة أخرى[2]،وحالات لا يمكن إيراد شرط الإعفاء بها إذا ارتكب فيها المدين غش أو خطأ جسيم،فالفقرة الأولى من المادة (٣٥٨) من القانون المدني تنص على أنه:"إذا كان المطلوب من المدين ... هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك"،ويتجلى ذلك بوضوح في الفقرة الثانية ،حيث تقول:"وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم"،كما أجاز المشرع الأردني تحديد

---

(١) المادة (٢١٣) من **القانون المدني الأردني**.

(٢) عدنان السرحان،ونوري خاطر،**شرح القانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص٢٣٢،وقد نص على بطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم بشكل صريح القانون المدني العراقي في المادة(٣/٢/٢٥٩) :"٢-وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي،إلا التي تنشأ عن غشه أو خطأه الجسيم.. ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية التي تترتب على العمل غير المشروع"وأيضاً نص عليه القانون **المدني المصري** في المواد(٢٤١،٢١١،١٧٠) والمواد (٢٢٦،٢٢٥،١٧١)من **القانون المدني السوري**)

مسؤولية البائع أيضاً وذلك بعدم ضمانه للعيوب الخفية حيث نص على:".. إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب،أو كان المشتري بحالة تمنعه من الإطلاع على العيب"[١].

وقد اعترف المشرع الأردني ضمناً بعدم جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا كان إخلال المدين بالتزامه العقدي ناشئاً عن غش أو خطأ جسيم في نص المادة(٣٥٨)منه،إلا أنه استبعد الخطأ الجسيم في نصوص أخرى،كما في حالة شرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية في عقد البيع[٢]،وعقد الإيجار،وشرط عدم رجوع المؤمن على المؤمن له أو المستفيد،فقد نصت المادة(٦٨٩) من القانون المدني الأردني على أنه:كل اتفاق يقضي بالإعفاء من ضمان التعرض أو العيب يقع باطلاً إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان"،وقالت المادة(٢/٩٣٤) :"ولا يكون المؤمن مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها المؤمن له أو المستفيد عمداً أو غشاً ولو اتفق على غي ذلك"[٣].

ورغم أن هذه النصوص لا تشير إلى الخطأ الجسيم عند تقريرها عدم جواز الإعفاء من المسؤولية،لهذا فأن ما يسري على الغش يسري على الخطأ الجسيم لالتحاقه به على أساس افتراض سوء النية[٤].

وترجع العلة في عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التي تنشأ عن الغش أو الخطأ الجسيم هي:"أن لو صح للمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن الفعل العمد.. لكان التزامه معلقاً على شرط إرادي محض وهذا لا يجوز"[٥]. وبالتالي فأنه يتهرب التزامه بمحض

---

[١] المادة (٤/٥١٤) من **القانون المدني السوري**.

[٢] راجع بشأن العيب الخفي في عقد البيع المادة(٤/٥١٤) من **القانون المدني الاردني**.

[٣] وقد أشار المشرع الأردني في **قانون العمل الأردني** رقم ٨ لسنة ١٩٩٦،والمعدل برقم ٦٠ لسنة ٢٠٠٢،ففي المادة(٩٤/أ/١)منه إلى الخطأ الجسيم في سقوط حق المصاب في البدل اليومي والتعويض التعدي إذا ثبت أن الإصابة قد نشأت عن فعل متعمد،وعن خطأ أو إهمال جسيمين من المصاب.

[٤] عدنان السرحان،ونوري خاطر،**شرح القانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص٣٣٦.

[٥] عبد الرزاق السنهوري،**الوجيز في شرح القانون**،مرجع سابق،مرجع سابق،فقرة٤٣٩،ص٧٥٦.

إرادته و هذا لا يجوز و يفرغ الالتزام من محتواه و غايته .

والعلة أيضاً بتعبير أوسع في وجوب الحفاظ على فكرتي القوة الملزمة للعقد والتضامن الاجتماعي بأن ينصرف الإعفاء من المسؤولية إلى هدم العقد أو إفراغه من كل منفعة وذلك بأن يلزم المدين بحد أدنى من العناية يتمثل في تجنب الأخطاء الجسيمة.

وهذا الحكم القانوني في إبطال اتفاقات الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم يجد سنده في الشريعة الإسلامية الغراء بالحديث النبوي الشريف: (من غش فليس منا)[١]وفي تأكيد فقهاء الشريعة: (الغش مرام في البيوع والصنائع جميعاً،ولا ينبغي أن يتهاون الصانع بعمله على وجه لو عامله به غيره لما ارتضاه لنفسه،بل ينبغي أن يحسن الصنعة ويحكمها..)[٢]،ويجد سنده التاريخي في القانون الروماني،فيما ورد فيه من تقريرات منها : (ليس لأحد بحجة الأخذ بحقه الشرعي أن ينتفع بما يأتيه من تدليس تأباه العدالة الفطرية)[٣] و (لا يجوز البتة اتفاق المتعاقدين على سقوط تبعة من يرتكب منهم غشاً)[٤].ويجد سنده فيما تعرفه الكتب الفقهية من نظرية (الغش يفسد العقد)[٥] .

كما لا يجوز الإعفاء عن أي خرق لقاعدة قانونية جنائية أو آمرة؛ذلك أن مخالفة القيم الإنسانية أو القواعد الجنائية أو القواعد المدنية الآمرة إنما تتضمن بحد ذاتها خطأ عمداً أو على الأقل خطأ جسيماً،ومن الأمثلة على القواعد الآمرة في القوانين الخاصة نهي المشرع بنص صريح عن الاتفاق على مخالفتها،ما نص عليه قانون التجارة من مسؤولية الناقل من وقت تسلمه الشيء من هلاكه كلياً أو جزئياً وعن تلفه وعن التأخير في تسليمه.وما نص عليه قانون التجارة

---

[١] مشار إلى هذا الحديث في صفحة (١٣)من رسالتنا هذه.

[٢] الغزالي،**إحياء علوم الدين**،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص٧٧.

[٣] عبد العزيز فهمي،**ترجمة مدونة جوستنيان**،مرجع سابق،ملحق بالآثار الفقهية فقرة ١٦٥.

[٤] **المرجع ذاته**،ملحق ب أصول وتقريرات خاصة بالمعاقدات،مادة ٨٤.

[٥] عبد الرزاق **السنهوري**،الوسيط،مرجع سابق،الجزء الأول،ص١١٦.

العراقي والذي لا يوجد مماثل له في قانون التجارة الأردني بأن "يقع باطلاً كل شـرط يقضـي بإعفاء الناقل من هذه المسؤولية إذا نشأت عن تابعيه"[١].

ولكن وردت بعض القيود على هذا المنع،فقد نص القانون أيضاً :"يجوز لمالـك سـفينة بحرية تحديد المسؤولية بالمبلغ المنصوص عليه في المادة (٩٩) من هذا القانون بالنسبة للديون الناجمة عن أي سبب من الأسباب التالي.."[٢].

على أن شرط تحديد المسؤولية لا أثر له إذا ثبت أن نشوء الدين بسبب خطـأ المالـك الشخصي[٣]،أي أنه ثبت صدور غش أو خطأ جسيم من الناقل أو تابعيه .

وشرط الإعفاء الذي يمس القيم الإنسانية أو القواعد القانونية الجنائية أو الآمرة لا يبطل في حالتي الغش والخطأ الجسيم وحدهما بل يبطل على الإطلاق حتى لـو ورد الإعفـاء مـن المسؤولية عن الخطأ اليسير[٤].

ولا يتوقف واجب القضاء عند حد إبطال الاتفاقات الصريحة في الإعفـاء مـن الغـش والخطأ الجسيم،ذلك أن مثل هذه الاتفاقات نادرة،بل يحبذ ويجد مجاله الحيوي فـي العمـل،إلى اختيار وتكييف الأخطاء التي صدرت من المتعاقد في نطاق الإعفاء المشروع أي الإعفاء عـن الأخطاء اليسيرة،فإذا تبين للقاضي أن الخطأ ما هو في حقيقته إلا خطأ عمد أو خطأ غير عمـد ولكنه جسيم فهو لا يجد بدا" من القضاء بقيام مسؤولية المتعاقد رغم شرط الإعفاء مـن الغـش والخطأ الجسيم،ومن هذا القبيل مثلاً،البائع الذي يشترط عدم مسئوليته إذا ما تخلف أو تعذر عليه تنفيذ التسليم،على صورة عدم استحقاق المشتري لأي تعويض،فإن هذا البائع لا يحق له إذا جدّت

ظروف اقتصادية جعلت تنفيذ التزامه أكثر صعوبة،أو أقل إفادة مما كـان يتوقـع،أن يتنصل من التزامه محتجاً بهذا الشرط،ذلك أن قبول هذا التنصل معناه الاعتراف له بحق التحلل

---

[١] المادة (٢٧٩) من **قانون التجارة الأردني** رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ .

[٢] المواد (٩٩،٩٦) من **قانون التجارة البحرية الأردني** رقم ١٢ لسنة ١٩٧٢.

[٣] المادة (٩٦) من **القانون البحري الأردني**.

[٤] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص ١٢٥.

الفرع الثالث

جواز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي(الشرط الجزائي)

ينص القانون المدني الأردني على ما يلي:"١-..يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها صراحة في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون.٢-ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"[١].وقد نص القانون ذاته على :"يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار"[٢].

نجد أن القانون المدني الأردني لم يحدد صراحة الحالات التي يجوز فيها للقاضي زيادة مقدار الشرط الجزائي،إذ منح سلطة مطلقة لزيادة مقدار هذا الشرط وعلى عكس القوانين العربية التي أجازت تلك الزيادة[٣]،فإن المشرع الأردني منح القاضي سلطة واسعة في زيادة مقدار هذا الشرط وبناءً على ذلك فإنه إذا أثبت الدائن أن قيمة الضمان الإتفاقي لا تتناسب مع مقدار الضرر الواقع فعلاً أو إذا أثبت الدائن أن الإخلال بالالتزام الأصلي كان بسبب غش المدين أو خطئه الجسيم،وهذا ليس إلا تطبيقاً للمادة(٢/٣٥٨) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن :" وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم"[٤].

---

(١) المادة (٣٦٤) من القانون المدني الاردني.

(٢) المادة (٢٧٠) من **القانون المدني الأردني**.

(٣) المادة (١٧٠) من **القانون المدني العراقي**،والمادة (٢٢٦) من **القانون المدني السوري** والمادة (٢/٢١٧)من **القانون المدني المصري** والمادة(٣٠٤) من **القانون المدني الكويتي** وكذلك المادة(٣٦٢) من **القانون المدني اليمني**.

(٤) غازي أبو عرابي،**سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني**،دراسة مقارنة،بحث منشور في "مجلة دراسات" ،الجامعة الأردنية،المجلد الخامس والعشرين،العدد الأول،١٩٩٨،ص ٦٠.

ويعود السبب أيضاً في هذا الحكم:هو أن الشرط الجزائي في أحوال الخطأ البسيط يكون بمثابة اشتراط من اشتراطات الإعفاء من المسؤولية من وجه،وغني عن البيان أن تلك الاشتراطات تكون صحيحة فيما يتعلق بالخطأ ويبطل فيما يتعلق بالغش والخطأ الجسيم،وكذلك يكون الحكم إذا قصد من المبالغة في تفاهة الجزاء المشروط إلى ستر حقيقة اشتراط من اشتراطات الإعفاء من المسؤولية)[١].

[١] **الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص ٥٧٣.

الفرع الرابع

جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية و جواز تخفيضها أو عدم الحكم بها إطلاقاً .

تكون الفوائد في صورتين،اتفاقية:وهي ما يفرضها الاتفاق ويحدد مقدارها،وقانونية:وهي ما يتكفل القانون بفرض استحقاقها ومن ثم تحديد سعرها.

وقد تدخل القانون بصورة مباشرة محدداً التعويض القانوني(الفوائد)بدافع من كرهه للربا ولكنه أجاز تخطي الحد المقرر بالزيادة عليه وفي أحوال أخرى بالنزول عن ذلك الحد الذي يقرره القانون ذاته[١].

وقد وقف المشرع الأردني في القانون المدني،كراهية منه للربا،موقف الساكت حيث لم يتناول الفائدة في أحكامه ولم يضع لها سعراً أعلى أو أدنى ومع ذلك فقد تضمن التشريع الأردني في قوانين متفرقة أحكاماً على الفائدة[٢].

وفي غياب النصوص في التشريع الأردني في مسألة جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية و جواز تخفيفها أو عدم الحكم بها إطلاقا لا بد لنا من بحث ذلك في الفقه المقارن و ذلك استكمالا لبحثنا و إيفاء الغاية من خلاله فقد ذهب القانون المدني العراقي إلى النص على أنه :" يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية إذا ثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش أو بخطأ جسيم"[٣]،كما نص كذلك "أما إذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في إطالة

---

[١] ياسين الجبوري،**الوجيز في شرح القانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص ١٨٤.

[٢] المادة (٢/أ) من **قانون البنوك الأردني** رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠ .

-المادة(٢/١١٣) من **قانون التجارة الأردني** .

-المادة(١٦٧)من **قانون أصول المحاكمات المدنية** رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ والمعدل رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١.

أمد النزاع بخطئه فللمحكمة أن تخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية لا تقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طالت فيها النزاع بلا مبرر"(١).

وبدراسة هذين النصين يمكن لنا القول أنه لما كان تعديل الفوائد القانونية يتم لمصلحة المدين تارةً،ويتم لمصلحة الدائن تارةً أخرى،فسوف نتعرض لهاتين الحالتين تباعاً :-

أولا :تعديل الفوائد القانونية لمصلحة المدين

لتحقق مساءلة المدين عن الأضرار التي تتجاوز الفوائد القانونية أو الاتفاقية ،يجب توفر شرطين:-

أولاً:أن يكون الضرر الذي حلّ بالدائن ضرراً استثنائياً.
ثانياً:أن يكون المدين سيئ النية أو في حكم سيء النية.

فالشرط الأول قد يتحقق بمجرد تأخير المدين في الوفاء ،أو بأي أمر آخر كما لو كان الدائن قد ارتبط بالتزام يعتمد في الوفاء به على استيفاءه لحقه من المدين فإن لم يستوف هذا الحق كان معرضاً لإجراءات شديدة من دائنيه قد تصل إلى حد شهر الإفلاس،أو كما لو كان يريد إبرام منفعة رابحة اعتمد في إبرامها على استيفاء حقه ففاتته الصفقة بسبب تأخير المدين في الوفاء بالتزامه،ففي الحالة الأولى أصيب الدائن بخسارة فادحة ،وفي الحالة الثانية فإنه ربح كبير(٢).

---

(٣) المادة (٢/١٧٣) من **القانون المدني العراقي**.

(١) المادة (٣/١٧٣) من **القانون المدني العراقي**.

(٢) عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،الجزء الثاني،مرجع سابق،فقرة٥٢٢،ص٩٣٠.

أما الشرط الثاني،فهو أن يكون المدين سيئ النية أو في حكم سيئ النيـــة أي مرتكبــاً لخطأ جسيم،في تأخير الوفاء بالدين،وقد يعتبر القضاء مجرد علم المدين بالضرر الاستثنائي الذي يسجل بالدائن من جراء عدم إيفائه الدين أو تأخيره في أدائه،خطأ جسيماً ،إن مــل يكــن خطــأ عمداً،والحكم واحد في الحالتين.

أما القانون المصري،وبالنسبة إلى الشرط الثاني،لم ينص إلا على(سوء نية المدين)وليس على(غشه أو خطئه الجسيم)ويرى الأستاذ السنهوري أن مجرد علم المدين بالضرر الاستثنائي لا يكفي لثبوت سوء نيته–حسب أحكام القانون المدني المصري،بل يجب أيضاً أن يكون قد تعمــد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدث ذلك لدائنه من الضرر[1].

ونرى أن مساءلة المدين عن الضرر الذي يجاوز الفوائد،إذا كان حصول الضرر نتيجة غش أو خطأ عمد منه،مما يتفق -أكثر مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود،إذ لا موجب للتساهل معه تساهلاً قد يشجعه على التراخي في الوفاء أو الامتناع عن الوفاء بينما يترتب على الــدائن عبء ثقيل في إثبات سوء نية المدين.

ثانيا :تعديل الفوائد القانونية لمصلحة المدين

يسأل الدائن (المدعي) عن إطالة أمد النزاع (المحاكمة) إذا ما كان هو السبب في هذه الإطالة مما تخول المحكمة ان تخفض الفوائد القانونية كانت أو الاتفاقية أو ألا تقضي بها إطلاقا عن المدة التي طال بها النزاع بلا مبرر بها ،فلا يشــترط أن يخطــأ الــدائن خطــأ عمــداً أو جسيماً،ومسؤوليته تتحقق ليس في صورة وجوب تعويض المدين عما سببه له من أضرار،بل في صورة مقاصة بين ما يستحق من فوائد وبين الأضرار التي سببها للمدين.

ويلاحظ أن القانون المدني المصري ساوى في معاملة المدين والدائن فــإلزام كلاهمــا بنتائج(سوء نيته)ولكن القانون العراقي باين في معاملتهما فالزم المدين بنتــائج(غشــه وخطئــه الجسيم)والزم الدائن بنتائج (خطئه) إطلاقا .

---

[1] **المرجع السابق**،الجزء الثاني،فقرة ٥٢٢،ص ٩٣٠.

وقد استعيض عن كلمة (بخطأه)بعبارة(سوء نية) في القانون المصري عن تدبر مقصود ،ذلك حسب قول اللجنة التشريعية لأن:"فكرة الخطأ تتسع لفروض لا يحق فيها توقع هذا الجزاء ولهذا أثرت اللجنة أن يكون الجزاء قاصراً على حالة سوء النية وحدها"[١].

إن مضمون كلمة(الخطأ) واسع بلا شك،قياساً إلى سوء النية والخطأ الجسيم ،وقد حابى القانون العراقي المدين على حساب الدائن،فاختل التوازن الواجب حصوله بين مركزيه ،ربما كانت الفكرة الكامنة وراء هذه المحاباة هي مراعاة المدين أخذاً بغالب الأحوال التي يكون فيها المدين هو الطرف الأضعف والأكثر حاجة إلى الحماية،سيما طبقة المقترضين[٢].

ولكننا نرى وجوب تكافؤ الحماية للطرفين،أخذ بقواعد حسن النية ومساءلة الدائن بناءً على ذلك عن غشه وخطئه الجسيم فعلاً وليس عدا ذلك.

ومن أبرز صور إطالة أمد النزاع بلا مبرر من قبل الدائن،أن يكون سريان الفوائد يكفي فيه إعذار المدين،فيعذر الدائن حتى تسري الفوائد ثم يقف عند ذلك ويرفض قبول الدين دون سبب مشروع عندما يعرضه المدين،فيضطر هذا إلى العرض الحقيقي فيعمد الدائن إلى إطالة إجراءات هذا العرف وهكذا[٣].

---

[١] **الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص ٥٨٩.

[٢] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص١٣٠.

[٣] عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،الجزء الثاني،مرجع سابق،فقرة٥١٧،ص٩١٥.

الفرع الخامس

عدم إمهال المدين في حالة ارتكابه الغش أو الخطأ الجسيم

ينص القانون المدني الأردني على ما يلي :"..٢- على أنه يجوز للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك و لم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم "[١].

والأصل هو وجوب التنفيذ في الموعد المحدد وإن من الأجل استثناءً من الأصل،والاستثناء لا يتوسع فيه ولما كان لا يجوز إعفاء المدين من تبعة غشه أو خطأه الجسيم كما أوضحنا ذلك،لذا يكون من الضروري إذا ما أريد منح المدين نظرة الميسرة ،أن يكون حسن النية بالأساس الشخصي (الذاتي) أي ألا يكون غاشاً ولا مرتكباً لخطأ جسيم،وفي هذا الصدد يقول السنهوري :"ويجزى القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان في عدم تنفيذه العقد حسن النية"[٢].

وعلى هذا،إذا تعمد المدين عدم التنفيذ أو أهمل في ذلك إهمالاً واضحاً رغم إعذار الدائن له قبل رفع الدعوى فإن للقاضي أن يحكم بفسخ العقد[٣].أما إذا كان الإخلال قلة الشأن بحيث لم يكن يستأصل في قصد المتعاقدين فسخ العقد،أو أنه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته

---

[١] المادة (٣٣٤) من **القانون المدني الأردني** وتقابلها المادة(٢/١٤٦) من **القانون المدني العراقي**،والمادة (٢/١٤٨) من **القانون المدني السوري**،**والمادة** (٢٦٩) من **قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.**

[٢] عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،فقرة ٤١٣،ص ٧٠١،ويشير إلى المادة (٢/٣٤٦) من **القانون المدني المصري.**

[٣] **المرجع السابق**،فقرة ٤٧٥،ص ٧٩٩.

أو أن للمدين عذراً في تأخره عن التنفيذ أو أنه أخطأ في تفسير العقد فتأخر،وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه[١].

فإن لمحكمة الموضوع أن ترفض طلب الدائن بفسخ العقد وتمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه أو إذا أعطي المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضونها،وليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى،وهذا خلاف الأصل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ .إذ يجوز له في هذا الصدد أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم[٢].

وإمهال المدين حسن النية يجد سنده في الشريعة الإسلامية في قوله تعالى:{وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة} وفي السنة النبوية فيما يقوله النبي عليه الصلاة والسلام لغرماء المفلس الذي لم يكن له ما يوفي دينه:"خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"،ولم يحبس رسول الله صلى اله عليه وسلم في دين قط ولا أبو بكر بعده ولاعمر وعثمان عليهم رضوان الله تعالى[٣].وأيضا فأن سند إمهال المدين حسن النية في القانون المدني الأردني هو نص المادة (٢/٢) مدني و التي تنص على (..٢- فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ,فان لم تجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .) وبما ان القانون قد اعتبر أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون و مبادئ الشريعة الإسلامية هي مصادر للقانون المدني تقضي بها المحكمة إذا لم تجد نص يحكم هذه الواقعة في القانون المدني.

مع أن الفقه الإسلامي لم يضع نظرية عامة حول الظروف الطارئة و إنما كان بينهم حلولا حسب الحالات التطبيقية وبها حسب الإنصاف ومن خلال مسائل مختلفة ومنها الإعذار في عقد الإيجار والجوائح في بيع الثمار[٤].

---

(١) **المرجع ذاته**،ص ٨٠٠ ،هامش ٦٣.

(٢) **المرجع ذاته**،ص ٨٠١/هامش(١)،ويشير إلى محكمة النقض،مدني في ٢٣/مايو/١٩٥٣.

(٣) جمال الدين محمد محمود،**سبب الالتزام ومشروعيته في الفقه الإسلامي**،القاهرة،١٩٦٩،ص١٧٠.

(٤) حسين بن سليم ،**حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٤٠،السنهوري،**مصادر الحق في الفقه الإسلامي**،مرجع سابق،الجزء السادس،ص ٦٤.

الفرع السادس

عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المؤمن له وجواز التأمين عن الخطأ الجسيم

نبحث في هذا الفرع في جانبين نخصص الأول منهما لبيان عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتج عن غش المدين،ونخصص الثاني لبيان جواز التأمين عن الخطأ الجسيم.

أولا :عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المؤمن له

يقضي القانون المدني الأردني بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة المؤمن له للقوانين والأنظمة،إذا أنطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية[١]،كما يقضي بسقوط الحق في التأمين إذا تسبب المستفيد من التأمين عمداً في موت الشخص المؤمن له على حياته،أو وقع الموت بناءً على تحريضه[٢]،ويقضي أيضاً بعدم مسؤولية المؤمن عن الحريق الذي يحدثه المستفيد عمداً أو غشاً[٣].

والمفهوم المخالف لهذه المواد،هو جواز التأمين عما يحدثه المستفيد بخطئه غير العمد ولو كان جسيماً من ضرر للغير أو لنفسه.

والتأمين عن المسؤولية نظام يشبه الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية من حيث أن المسؤول لا يتحمل نتيجة خطأه في الحالتين لكنهما إن اتفقا عن هذه النتيجة العرضية فهما مختلفان تمام الاختلاف في الجوهر ذلك أن من يعقد تأميناً لا يقصد التحرر من المسؤولية،وإنما

---

(١) المادة (١/٩٢٤)من **القانون المدني الأردني**،ويقابلها المادة(٩٨٥)من **القانون المدني العراقي**.

(٢) المادة (١/٩٤٤)من **القانون المدني الأردني**،ويقابلها المادة(٩٩٤)من **القانون المدني العراقي**.

(٣) المادة (١/٩٣٤)من **القانون المدني الأردني**،ويقابلها المادة(١٠٠٠)من **القانون المدني العراقي**.

هو شخص بصير يعمل على تجنب النتائج السيئة التي قد تحدث من جراء عملـــه فيعقــد مـــع المؤمن (شركة التأمين)اتفاقاً على أن يتحمل هذا مقابل أقساط يدفعها له،نتائج أخطائه[١].

ومفاد هذه الأحكام،أن ليس للمؤمن له أن يؤمن نفسه من خطر يستطيع تحقيقه بمحــض إرادته،وما عليه إلا أن يحققه حتى يستحق مبلغ التأمين في أي وقت أراد،إذ لا بد أن يتدخل في تحقيق الخطر عامل آخر غير محض إرادته،بينما خطؤه العمدي يتعلق بمحض أدائه[٢].

ولا يشترط في الخطأ العمد،أن يكون المؤمن له قد تعمد الإضرار بالمؤمن بل يكفي أن يكون قد تعمد تحقيق الخطر المؤمن منه وهو عالم أنه بتحقيق هذا الخطر يثير مسؤولية المؤمن عن تعويض الضرر[٣].

على أن يجوز التأمين عن الفعل العمد في حالتين:-

أ -إذا كان هناك ما يبرر الفعل العمد الذي أقدم عليه المؤمن له،وتبرير الخطأ قد يرجع لاعتبارات إنسانية أو لاعتبارات تتعلق بالصالح العام كما لو عرض المؤمن له نفســه للمــدين أنقاذاً لغيره فمات فعلاً ،كما أن المبرر قد يكون صالح المؤمن نفسه ففي التأمين مــن الحريــق يجوز للمؤمن له بل يجب عليه أن يتلف عمداً بعض المنقولات المؤمن عليها لمنع امتداد الحريق وذلك لمصلحة المؤمن حتى تنحصر مسئوليته في أضيق الحدود الممكنة .

ب-إذ يكون قد ارتكب الفعل العمد،دفاعاً عن النفس،كما إذا أمّن شخص لمصلحته علــى حياة الغير،ثم أضطر إلى قتل هذا الغير وهو يستعمل حقه المشروع في الدفاع عن نفسه[٤].

---

[١] أحمد حشمت اوستيت،**نظرية الالتزام**،مرجع سابق،فقرة ٥٠١،ص ٤٦٩.

[٢] عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء السابع،القسم الثاني،فقرة ٦٠٠،ص ١٢٢٢.

[٣] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص ١٣٥،ويشير إلى بلانيــول وريـــبير وســـافاتييه،المطول العملي في القانون المدني الفرنسي،الجزء الحادي عشر،فقرة ١٢٩٠،ص ٦٦٩.

[٤] عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء السابع،القسم الثاني،فقرة ٦٠٠،ص ص ١٢٢٣، ١٢٢٤.

ونؤكد هنا مرة أخرى على خاصية الغش المنافية للنظام العام،وأن الآثار التـــي رتبهـــا القانون على هذا الخطأ أو الخطأ الجسيم الملحق به في مواضيع كثيرة،آثار مستوحاة من حماية النظام العام.

وفي هذا يقول السنهوري:"إن التأمين عن الخطأ العمد يخالف النظام العام أيضـــاً،ويكفي أن نتصور أن شخصاً يؤمن من مسؤوليته عن خطأه العمدي،أي من مسؤوليته عـــن أن يتعمـــد الإضرار بالناس،فإذا أضرّ بهم متعمداً،دفع المؤمن التعويض عنه،لنرى أن هذا التأمين من شأنه أن يشجع المؤمن له على الإضرار بالناس ما دامت العاقبة مأمونة،يكون حتماً مخالفـــاً للنظـــام العام"[١].

ثانيا :جواز التأمين عن الخطأ الجسيم

بالإضافة إلى الخطأ العمد،فلم يكن جائزاً التأمين ضد الحوادث الناجمـــة عـــن الخطـــأ الجسيم،ولكن القوانين التي صدرت منذ بداية القرن العشرين ،أقرت التأمين علـــى المســـؤولية الناجمة عن الخطأ الجسيم[٢]،ومن هذه القوانين قانون التأمين السويسري الصادر عـــام(١٩٠٨) وقانون التأمين الفرنسي الصادر عام(١٩٣٠) والتقنين الإيطالي الجديد،وقد أخذ بـــذلك الاتجـــاه التقنينات المصرية والأردنية والعراقية.

ويتحقق الخطر المؤمن منه بخطأ جسيم لا يخل بمبدأ عدم جواز تعلق تحقيـــق الخطـــر على محض إرادة المؤمن له،فالمؤمن له في حالة ارتكابه الخطأ الجسيم،لم يقصد تحقيق الخطر ذاته وإن قصد إثبات الفعل الذي حقق الضرر فتحقيق الخطر نتيجة عوامل أخرى غير محـــض إرادته.

---

[١] السنهوري،**المرجع السابق**،فقرة ٦٠١،ص ١٢٢٨.

[٢] **المرجع ذاتـــه**،فقرة ٦٠٠،ص ١٢٢٦.

وإذا كان القضاء والفقه الفرنسيان قد رفضا ردحاً طويلاً جواز التأمين ضد الأخطار الناجمة عن الخطأ الجسيم،فإن الفقهاء اليوم يحاولون أن يكيفوا أحكام الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية بحيث تتفق مع الأحكام السائدة في قوانين التأمين.(١)

وبمعنى آخر أخذوا ينادون بإمكان اشتراط المتعاقد الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية في حالة ارتكابه الخطأ الجسيم،وإبقاء الخطأ العمد وحده في دائرة الخطر من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

إن اليوم سيشهد جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ الجسيم،سيكون نذيراً بتحول قانوني كبير،يذهب بالخطأ الجسيم إلى دائرته الأصلية دائرة الإهمال،بعد أن ظل أمداً طويلاً جداً يساكن الغش والخطأ العمد.

ولنؤكد أخيراً أن موضوع عدم جواز التأمين عن الأخطاء العمدية أمر لا يتعلق ببطلان شرط من شروط العقد بقدر ما يتعلق بتنفيذ العقد ذلك أن القاضي يدقق في كل مرة يحصل النزاع بين المؤمن له والمؤمن على استحقاق مبلغ التأمين،ما إذا كان المؤمن له قد تعمد تحقيق الحادث الذي يترتب عليه استحقاق مبلغ التأمين فيقضي بحرمانه،أو ما إذا كان غير متعمد فيقضي باستحقاق المبلغ،فالأمر في صميم التنفيذ ،وليس مجرد الشرط على القاضي فيقضي ببطلانه ويجرده عن كل أثر.

(١)عبد الرزاق السنهوري ، **الوسيط** ، مرجع سابق ،فقرة ٦٠٠ ،ص ٢٢٦ .

وإذا كـــان القضـــاء والفقه الفرنسيان قد رفضا ردحا طويلاً جواز التأمين ضد الأخطار الـــناجمة عن الخطأ الجسيم،فإن الفقهاء اليوم يحاولون أن يكيفوا أحكام الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية بحيث تتفق مع الأحكام السائدة في قوانين التامين.([1])

وبمعـــنى آخر أخذوا ينادون بإمكان اشتراط المتعاقد الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقديـــة فـــي حالة ارتكابه الخطأ الجسيم،وإبقاء الخطأ العمد وحده في دائرة الخطر من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

إن الـــيوم سيشـــهد جواز الاتفاق على الإعفاء منْ المسؤولية عن الخطأ الجسيم،سيكون نذيـــراً بتحول قانوني كبير،يذهب بالخطأ الجسيم إلى دائرته الأصلية دائرة الإهمال،بعد أن ظل أمداً طويلا جداً يساكن الغش والخطأ العمد.

ولنؤكد أخيراً أن موضوع عدم جواز التامين عن الأخطاء العمدية أمر لا يتعلق ببطلان شـــرط مـــن شـــروط العقد بقدر ما يتعلق بتنفيذ العقد ذلك أن القاضي يدقق في كل مرة يحصل النزاع بين المؤمن له والمؤمن على استحقاق مبلغ التأمين،ما إذا كان المؤمن له قد تعمد تحقيق الحـــادث الـــذي يترتـــب عليه استحقاق مبلغ التأمين فيقضي بحرمانه،أو ما إذا كان غير متعمد فيقضـــي باســـتحقاق المبلغ،فالأمر في صميم التنفيذ ،وليس مجرد الشرط على القاضي فيقضي ببطلانه ويجرده عن كل أثر.

(١)عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق ،فقرة ٦٠٠ ،ص ٢٢٦ .

الفصل الثاني

الأساس الموضوعي لمبدأ حسن النية

بالنظر لقلة ورود عبارة(حسن النية وفقا للأساس الموضوعي) في كتب القانون العربية،ونظراً لما يحصل من إبهام وشك في حقيقة معناه،نرى أنفسنا في حاجة إلى بيان هذا المعنى بصورة عامة.سواءً في مواضع القانون الجنائي أو التجاري أو المدني،لنصل إلى حقيقة معناه المتفق فقهاً،ولنخلص بكل ثقة عن طريق القياس إلى معناه في مجال تنفيذ العقود،إن القياس ممكن،ذلك أن حسن النية هو من المبادئ الكلية والأساسية في القانون الحديث،وأن في الإمكان الاستعانة بتطبيقاته المتنوعة في استخلاص التطبيق الصائب له في مجال تنفيذ العقود .

ففي نطاق القانون الجنائي فإن محكمة النقض المصرية وضعت لحسن النية نظرية عامة يقوم بحسبها الاعتقاد في مشروعية الفعل مقام الدافع،إذا كان هذا الاعتقاد نتيجة تثبت وتحر وكان مبنياً على أسباب معقولة،وكانت هذه المحكمة قد قالت:"إن حسن النية المؤثر في الجريمة رغم توافر أركانها هو من كليات القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض وهو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم ويكفي أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره في نص معين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضي في ذلك القاعدة العامة الواجبة الاتباع".

ثم مضت إلى القول:"إن حسن النية ليس معنى باطنياً بقدر ما هو موقف أو حالة يوجد فيها الشخص نتيجة ظروف تشوه حكمه على الأمور رغم تقديره لها تقديراً كافياً واعتماده في تصرفه فيها على أسباب معقولة،كما أن القاعدة العامة التي اعتمدها قانون العقوبات في المادة(٦٣) الواردة في الأحكام العامة التي أوجبت على الموظف الذي يدرأ عن نفسه مسؤولية جريمة أرتكبها بحسن نية منفذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد إن إجراءه من اختصاصه أن يثبت لبيان حسن نيته،أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري،وإنه كان يعتقد بمشروعيته وإن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة،وقد ذكرت تعليقات وزارة الحقانية على هذه المادة أن حكمها مأخوذ من المادتين(٧٧) و (٧٨) من قانون العقوبات الهندي الذي عرف حسن النية صراحة في المادة(١٢)م بقولها:"لا يقال عن شيء أنه عمل بحسن نية إذا كان قد عمل أو

صرف بغير الإلفات والتثبت الواجب"[١]،وقد على هذا القرار بقوله:"والجديد فيما نرى هو تقييد المحكمة العليا الغلط بالتحرز حتى لا يكون وليد الرعونة والإهمال،فهي تطلب التحرز والتبصر لإمكان الاحتجاج بالغلط في القانون إذا وقع على أحكام قانون غير قانون العقوبات كالقانون الإداري أو المدني أو الأحوال الشخصية".

ويخلص إلى القول:"إن رأي المستشار ميمان أن حسن النية يفترض التبصر وليس في هذا ما لا يتفق مع المألوف لأن العلة التي تقتضي اعتبار حسن النية على سبيل الاستثناء وجهاً للإباحة تقتضي التشدد في تقييد هذه الإباحة فلا يقبل من شخص الاحتجاج بحسن نيته ولو كان يعتقد صدق ما قال،إذا كان قد فاته القيام بالتحريات الملائمة والبحث الجدي ولم يكن قد بذل من الاهتمام ما يناسب خطورة الأمور التي نشرها"[٢].

وإذا انتقلنا إلى القانون التجاري،فأن حسن نية حامل الورقة التجارية ما يلي :"يشترط لاعتبار حامل الورقة التجارية حسن النية لا مجرد جهله بوجود الدفع،بل صعوبة اكتشافه من قبله،فينبغي على الحامل،كي يتصف بحسن النية أن يبذل جهداً لمعرفة كنه الحقيقة،ولا يقنع بموقف سلبي يطمئن به إلى حماية القانون بجهل قد يكون مرده خطأ أرتكبه عند تلقيه الورقة.ثم يمضي إلى القول"صحيح أن الجهد الذي يطالب به الحامل لا يبلغ حداً يجاوز القدر المنتظر بذله من قبل شخص متوسط الحرص ولكنه ينبغي أن لا يخلد إلى السكينة حيث تكون هناك دواعي للشك والحذر"ويضيف أيضاً "ومن الممكن أن نجد تطبيقاً لهذه الفكرة في المادتين(١٠) و (١٦) من القانون الموحد للتأمين عالجت أولاها تصحيح السفتجه الناقصة،وعالجت الثانية زوال حيازة المالك الحقيقي للورقة على أثر ضياع أو سرقة،ومن الملاحظ أن هذه الفكرة نفسها تسود القانون المدني بالنسبة للدفوع الشخصية كما ورد بشأن الغلط والتغرير إذ يستطيع المتعاقد أن يثير الدفع المتعلق بهما إذا ثبت علم المتعاقد الآخر أو سهولة علمه بوجوده"[٣].

---

[١] نقض جنائي في ١١/نوفمبر/١٩٤٦،نقلاً عن عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص١٤٢.
[٢] محمد عبدالله،**جرائم النشر**،القاهرة،١٩٥٦،ص٢٥٦،هامش رقم ٤.
[٣] أحمد ابراهيم البسام،**قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الأوراق التجارية**،مطبعة العاني،بغداد،الطبعة الأولى،١٩٦٩،ص١٤٣.

أما عن حسن النية في القانون المدني،فقيل:"تبعاً لنص المادتين (٣) من القانون المدني السويسري فإن المظهر يمكن أن يضاف إلى الحقيقة، أو بالأحرى أن يقوم مقام الحقيقة،ولكن ليس كل مظهر يجد ذاته يقوم مقام الحقيقة،بل لا بد أن يكون للطرف الذي يراد الاحتجاج به ضده يد في إيجاده،وفي نفس الوقت فإن هذا المظهر يجب أن يبعث وبمعيار موضوعي الاعتقاد بصحته"[1].

إن نظرية المظهر ليست في حقيقتها إلا نظرية لحسن النية،فيجب أن نستعرض بعض تطبيقاتها،ليتبين ارتكاز هذه النظرية على الأساس الموضوعي لحسن النية،إن من أهم تطبيقات هذه النظرية هو عدم سماع دعوى الملك على حائز المنقول (بحسن نية) واكتساب الملكية بالتقادم القصير ونفاذ أثر العقد بين الغير والوكيل الظاهر في حق الموكل،وانعقاد العقد استناداً إلى الإرادة الظاهرة للمتعاقد الواقع في الغلط حماية لحسن نية الطرف الآخر الجاهل للغلط.

فالقانون المدني في موضوع الحيازة بالمنقول لا يقر سماع دعوى الملك من أحد على من يحوز وهو حسن النية،منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح[2]،فحسن النية وفقا للأساس الشخصي (الذاتي) وهو جهل الحائز أنه يتعدى على حق غيره،غير كافٍ للتشبث بحماية القانون،ما لم يقترن بسبب صحيح الذي يعتبر عنصر من عناصر حسن النية.

وفي موضوع الوكالة الظاهرة:- فإن نفاذ أثر العقد بين الغير والوكيل الظاهر في حق الموكل يراعى فيه أنه: (لا يكفي أن يكون الغير حسن النية بالمعيار النفسي-الذاتي- أي يعتقد بأن الوكيل يعمل في حدود نيابته حتى يستطيع أن يحتج على الموكل بالتصرف الذي عقده مع الوكيل،ولكن هناك أحوال يدعم فيها حسن النية الغير مظهر خارجي منسوب إلى الموكل ويكون من شأن هذا المظهر أن يدفع الغير إلى الوهم الذي وقع فيه،فعند ذلك يكون الغير هو الأولى بالرعاية من الموكل لأنه لم يرتكب خطأ،أما الموكل فقد خلق مظهراً خارجياً أو أوقع الغير في

---

[1] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص ، ويشير إلى الفقيه باتري١١٤.
[2] المادة(١١٨٩) من **القانون المدني الأردني**،ويقابلها المادة(١١٦٣) من **القانون المدني العراقي**.

الوهم فيقضي القانون حمياته على الغير دون الموكل وسبيله إلى ذلك أن يجعل أثر التصرف الذي عقده الغير مع الوكيل ينصرف إلى الموكل،لا بموجب وكالة حقيقة فهي غير موجودة بل بموجب وكالة ظاهرة)[١].

(ويغلب أن يستعين الغير في إثبات حسن نيته بإثبات المظهر الخارجي المنسوب إلى الموكل،وهو المظهر الذي أوهم الغير أن الوكيل نائب وفي إثبات أنه غير مقصر في الانسياق وراء المظهر،بل اتخذ من الاحتياطات ما يتخذه الشخص المعتاد في الظروف التي تم فيها التعاقد مع الوكيل ليثبت من أن هذا المظهر يطابق الواقع،فقد تم له بذلك إثبات حسن نيته)[٢].

والغلط غير المغتفر[٣] يشكل في كل الفروض،خطأ يتحمل فاعله تبعته والعقد يبقى قائماً،فهو في الحقيقة ليس إلا تهاوناً وعلى ذلك فإن القضاء لا يمنح حمايته لمن يرتكب مثل هذا الغلط،فعلى كل فرد أن يبدي كل العناية التي يبديها الشخص المعتاد الذكي،والمتبصر تبعاً لمعلوماته أو للظروف التي يوجد فيها وذلك لدى إبرام العقد،ويقال في هذا أيضا :"إن الغلط إذا لم يكن مشتركاً،وفاجأ المتعاقد الذي وقع في الغلط المتعاقد الآخر بدعوى،الغلط،ولزم أن نبطل العقد فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له في ذلك،والمخطئ هو المتعاقد الأول الذي أهمل في كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين ما شاب إرادته من غلط،فوجب عليه التعويض،وخير تعويض في هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً،إذ أن العقد هنا لم يتم عن إرادة المتعاقدين الحقيقة؛لأن إرادة أحدهما غير صحيحة وهو يتمسك بإبطال العقد،بل قام العقد على أساس اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار المعاملات"[٤].

من كل ما ذكرناه عن مبدأ حسن النية في شتى المجالات القانونية تتضح لدينا الحقيقة البارزة التالية:هي أن حسن النية لا يكتفي بتقديره بأساس شخصي (ذاتي) وإنما يجب تقديره وفي آن واحد بأساس موضوعي أيضاً،وأن هذين الأساسين متكاملان لا ينفصلان،وتوفر حسن النية بالأساسين معاً هو حسن النية المطلق،وإذا كنا قد علمنا في الفصل الأول من رسالتنا هذه

---

[١] عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،الجزء السابع،القسم الأول،فقرة ٣٠٦،ص٦٠١.
[٢] **المرجع ذاته**،ص ٦٠٧.
[٣] وهو الغلط الذي يصل من الجسامة حدا بحيث أن الرجل المعتاد أو العاقل لا يرتكبه.
[٤] **المرجع ذاته**،الجزء الأول،ص ٣٣٥

أن سوء النية يتمثل في نية الإضرار بالطرف المقابل وأحياناً في مجرد العلم بالضـــرر الـــذي يصيب الغير وأن سوء النية هذا يطبع الخطأ بالعمدية فإن انتفاء الخطأ العمد لا يكفـــي للقـــول بتوفر حسن النية المطلق.

إذا كان الشخص الذي يجري التساؤل عن سلوكه قد اتصف بالإهمال في علاقته مـــع الغير،ذلك الإهمال الذي أضرّ بمصلحة الغير،وما الواجبات التي ترددت أثناء بحثنا مختلف أوجه التطبيقات السابقة لحسن النية مثل: واجب الاعتماد في التصرف على أسباب معقولـــة وواجـــب التحري والبحث الجديين وواجب التحرز عن الغلط الذي هو وليد الرعونة والإهمال وواجب بذل الجهد لمعرفة الحقيقة وإيداء الانتباه الذي تتطلبه الظروف وعدم التقصير فـــي الانســـياق وراء المظهر وواجب اتخاذ الاحتياطات التي يتخذها الشخص المعتاد في الظروف التي تم فيها التعاقد ولزوم وجود سبب صحيح في الحيازة بالمنقول وواجب الاتصاف باليقضة،الاعتبارات مختلفـــة ،متنوعة تفصح عن أمر واحد هو واجب السلوك بتبصر وتجنب الإهمال بشتى أشكاله وصوره ومسمياته،وهذا السلوك هو الذي يقدر بمعيار الرجل المعتاد عادة،وهو معيار موضوعي،فيصبح من الضروري لتوفر حسن النية المطلق انتفاء سوء النية من جهة(وتقديره تقدير ذاتي) وانتفـــاء الإهمال أيضاً (وتقديره تقدير موضوعي مجرد).

إن إعمال الأساس الموضوعي لحسن النية في مجال تنفيذ العقود،كما في سائر مجالات السلوك القانوني الأخرى،يجد سنده كسند الأساس الشخصي (الذاتي) ،في الأخـــلاق[١]،ذلـــك أن الأخلاق توصي الفرد بأن لا يكون مهملاً ولا قليل الحذر بل نرى أن من أول واجباته أن يكون بصيراً محتاطاً بعواقب الأمور أو كما تعبر الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري عـــن ذلك بقولها :"يفترض فيمن يتمتع بقواه العقلية أن تتوفر لديه درجة الانتباه والعناية التي تتوقع في سواء الناس ويتحقق معنى الخطأ في كل عمل ينشأ عنه ضرر بحقوق الغير إذا لم يلتزم من وقع منه هذا العمل تلك الدرجة من الانتباه والعناية"[٢] .

---

[١] السيد البدوي، **حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية**،مرجع سابق،ص٨٩.
[٢] **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص ٣٥٤.

وبهذا فإن قيام حسن النية في تنفيذ العقد على أساس من انتفاء أي خطأ سواءً كان خطأ عمد أو إهمال ،خطأ يقدر بمعيار ذاتي،أو خطأ يقدر بمعيار موضوعي،وبالتالي فإن القضاء يلجأ إلى الأساسين الشخصي (الذاتي) والموضوعي في تقدير سلوك المتعاقد للتثبت من حسن نيته،ومن التطبيقات على ذلك أن المدين قد لا يشعر بأي قصور في سلوكه،بل قد يشعر بأنه بذل كل ما في جهده،كالطبيب الذي يخطئ في تشخيص المريض ويجري عملية جراحية للمريض يتسبب عنها وفاته فهو قد يعتقد بأنه لم يقصد في شيء وأنه بذل كل ما لديه من خبرة في حسن تشخيص المرض وحسن إجراء العملية،ولكن هذا الاعتقاد لا يضفي الطيبة على إرادة الطبيب إذا كان طبيب آخر نفس مستواه ونفس ظروفه لا يسبب مثل هذا الضرر للمريض[١].

إن الفصل الثاني من رسالتنا هذه مخصص لحسن النية وفقا للأساس الموضوعي للإلتزام أي بحسن النية المبني على انتفاء الأخطاء غير العمدية ،بحيث أن تجنب مثل هذه الأخطاء غير العمدية ضروري في كل الأوقات والظروف وهذا ما يستدعي القول بأن حسن النية وفقا للأساس الموضوعي،يجب النظر إليه من جانبين الجانب الأول ما يفرضه على المدين من واجب تجاه الأحداث الطارئة التي تؤثر على تنفيذ الالتزام،إذا يجب أن يتحلى بالانتباه و البصيرة الضرورتين لكي يتوقع تلك الأحداث ولا يفاجأ بها في وقت يتخذ الاستعداد لدفعها ،كما أنه يجب أن يبدي إخلاصه تجاه تنفيذ الالتزام إذا ما وقع الحادث الطارئ ولم يكن قد توقعه قبلا،بأن يحاول دفعه إن استطاع وإلا فالتقليل من أثره وتدارك الجزء الممكن من التنفيذ ولكن الإخلاص تجاه التنفيذ ليس واجباً في جميع الظروف الطارئة،ذلك أن من هذه الظروف ما يدفع المدين إلى التخلي عن تنفيذ التزامه بإرادته الحرة لبواعث يعتبرها المجتمع مشروعة،منها:إيثار المدين لحق من حقوقه أعلى من حق الدائن المقابل لتنفيذ الالتزام،ومنها أيضاً استجابة المدين لدواعي الإنسانية والواجب الوطني والمصلحة العامة ومتطلبات القانون.

---

[١] حسن الأبراشي،**مسؤولية الأطباء المدنية**،مرجع سابق،ص١٢٤.

أما الجانب الثاني،فهو ما يفرضه (حسن النية) على المدين في الظروف الاعتيادية في بذل مستوى معين من العناية،هو في الأصل مستوى عناية الرجل المعتـــاد،مع الأخـــذ بنظـــر الاعتبار ظروف المدين الخارجية والداخلية المعروفة للدائن،وما يتضمنه ذلك من اتخاذ المـــدين إجراءات واحتياطات ومواقف تضمن في جملتها تحقيق الهدف من العقد.

وعلى هذا الأساس سنفرد في هذا الفصل مبحثا لدراســة كــل جانــب مــن هــذين الجانبين،نبدأها بمبحث أول في حســن النيــة وفقــا للأســاس الموضــوعي وعــدم التنفيــذ المشروع،ونتناول في المبحث الثاني حسن النية وفقا للأساس الموضوعي ومدى العناية الواجبة في التنفيذ.

المبحث الأول

حسن النية وفقا للأساس الموضوعي وعدم التنفيذ المشروع

من الأحداث الطارئة،إثناء تنفيذ العقد،ما يجعل التنفيذ مستحيلا مثل هذه الحدث الطارئ إذا لم يكن المدين قد توقعه ولم يكن له يد في إيجاده من قريب أو من بعيد ولم يستطع دفعه،هو سبب أجنبي عنه يعفيه من تنفيذ الالتزام لأنه حسن النية لم يقصر في شيء.

والسبب الأجنبي قد يكون على صورة قوة قاهرة أو فعل الدائن نفسه أو فعل الغير،إن عدم توقع المدين للحادث الطارئ وعدم استطاعته دفعه أو التقليل من آثاره هما العنصران اللذان يسبغان على الحادث صفة(السبب الأجنبي) .

إن في إخفاق المدين في تنفيذ الالتزام إخفاقاً كلياً أو جزئياً في الكم أو الكيف،يحقق العنصر الموضوعي للخطأ العقدي،ولكن عدم توقعه للحادث وعدم استطاعته دفعه يجعلانه في حالة إكراه على عدم تنفيذ التزامه،إذا لم تنحرف إرادته عن التنفيذ.

والتنفيذ كعمل قانوني له عنصران:العنصر المعنوي(الإرادة)،والعنصر المادي (العمل المادي المعبر عن الإرادة) يكون قد توفر له العنصر الأول دون العنصر الثاني،وتوفر العنصر الأول(إرادة التنفيذ) يكفي للتدليل على حسن نية المدين رغم استحالة تنفيذه للالتزام[١].

وإذا كان السبب الأجنبي يعفي المدين من تنفيذ التزامه،وأن إحدى صور السبب الأجنبي هي فعل الدائن نفسه،فإن على الدائن أن يتحرز ويحتاط من أن يكون موقفه أو فعله سبباً أجنبياً يؤدي إلى عرقلة التنفيذ،وهنا تكمن فكرة وجوب تعاون الدائن مع المدين للوصول بالعقد إلى الهدف المنشود منه،وأن عدم احتياط وتحرز الدائن،يعد خطأً منه يخل بحسن نيته الذي يقاس بمعيار موضوعي أيضاً بينما يعفى المدين من المسؤولية لعدم انتفاء حسن النية.

[١] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص ١٥٧.

ومن جهة أخرى فإن البواعث المشروعة لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته تقدر بمعيار موضوعي،فلا عبرة بما يعتبره المدين باعثاً مشروعاً،بل العبرة بما يراه المجتمع بشأن هذا الباعث فإذا أقرّ المجتمع مشروعيته فإن صفة حسن النية تثبت للمدين وتعفيه من المسؤولية وإلا كان مخطئاً مهما اعتقد في سريرته من أن موقفه المخالف لالتزام يستند إلى باعث مشروع.

وحتى نبحث تلك المواضيع بدقة،قمنا على تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب ،نتناول في المطلب الأول السبب الأجنبي ينفي الخطأ ونخصص المطلب الثاني لدراسة واجب الدائن في تيسير التنفيذ(فكرة التعاون)،والبواعث المشروعة لعدم التنفيذ في المطلب الثالث.

المطلب الأول
السبب الأجنبي ينفي الخطأ

المسؤولية المدنية تنشأ عن الخطأ،ولا مسؤولية بدون خطأ،والقوة القاهرة المعفية للمدين لا تعني إلا انتفاء الخطأ والشروط المتطلبة للحادث الطارئ لا تعني إلا نفي الأشكال المختلفة من الخطأ التي يمكن أن تنسب إلى المدين،ويذهب رأي إلى القول :"حقاً أن ثبوت القوة القاهرة يعني عادةً انتفاء الخطأ إلا أن وقوع ذلك عادة لا يؤثر على صياغة القواعد القانونية ينبغي أن يربأ بها عن التأثير بما يجري عليه العمل.. وعلى ذلك فالتعريف الذي نعطيه للخطأ يجب أن يظهر منه أن الخطأ شيء والقوة القاهرة شيء آخر ،إذ القول بغير ذلك ينتهي بنا حتماً إلى الخلط بين ركني الخطأ وعلاقة السببية"[١].

والذي نراه أنه يجب التفريق بين القوة القاهرة كحادث مادي بحت،وكواقعة قانونية يترتب عليه إعفاء المدين من المسؤولية،فالحادث المادي المجرد لا ينقلب إلى قوة قاهرة أو بمعنى أعم إلى سبب أجنبي إلا بالمقارنة مع سلوك المدين،فالحادث الذي يمكن توقعه ويمكن دفعه لا يتخذ صفة القوة القاهرة أو السبب الأجنبي،وعلى عكس ذلك فالحادث الذي لا يكون في وسع المدين أن يتوقعه أو يدفعه يعدّ قوة قاهرة،ومن زاوية الصفة القانونية للحادث،لا من زاويته المادية البحتة،نرى العلاقة وثيقة بينه وبين خطأ المدين ،فاختبار علاقة المدين بالحادث يكشف عن كونه قوة قاهرة أو حادثاً اعتيادياً،يكشف بالنتيجة عن سلامة موقف المدين أو عن خطئه في حالة عدم التنفيذ،وبهذا فإن السبب الأجنبي ينفي الخطأ[٢].

---

[١] حسن الأبراشي،**مسؤولية الأطباء المدنية**،مرجع سابق،ص١١٤،يشير إلى الكتّاب الذين يرون بأن القوة القاهرة تعني غياب الخطأ وهم جاردنارينشي،ص٢٣،بند٦٧،و سودرابنر بند ٦٤ ،وديموج،الجزء الثالث بند ٢٦٢،ومازو،بند ٦٦٩.

[٢] ثورت الأسيوطي،**مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن**،القاهرة،١٩٦٢،فقرة ٣٢٠،ص٤٣٩،وعبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص١٦١،ويشير فيه إلى عبد السلام ذهني،النظرية العامة للالتزامات ،القاهرة،١٩٢٣،فقرة ٢٧٠،ص ٢٥٨.

وقد أورد القانون المدني حكم إعفاء المدين في حالة السبب الأجنبي صراحة بما نص عليه :"ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد لـــه فيه "[1].

متى يعتبر المدين محقاً في عدم توقعه الحادث الطارئ ؟ ومتى يعتبر محقاً في عـــدم دفعه الحادث وبعبارة أخرى متى يعتبر التنفيذ مستحيلاً ؟ وما هي صورة هذه الاســـتحالة ؟ إن بيان الإجابة عن هذه التساؤلات بصورة واضحة محددة هو الذي يرسم الطريق التي يجـــب أن يسلكها المدين تجاه الحوادث الطارئة ليتجنب الخطأ ويفي بواجب حسن النيـــة وفقـــا للأســـاس الموضوعي في التنفيذ،وسنكرس هذا المبحث من أجل هذه الغاية.

---

[1] المادة (٤٤٨) من **القانون المدني الأردني**،وتقابلها المادة (٤٢٥) من **القانون المدني العراقي** والمادة(٣٧٣) من **القانون المدني المصري** والمادة (٣٧١) من **القانون المدني السوداني**.

الفرع الأول

عدم إمكان توقع الحادث الطارئ

يجب أن لا يكون في الإمكان توقع الحادث،وبهذا يجب أن يكون عدم التوقع مطلقاً لا نسبياً،ولكن دون الغلو في ذلك فإنه يكفي أن يكون الحادث غير ممكن توقعه عقلا[١]؟

واستخلاص التوقع يتم عن طريق المنطق والاستدلال وليس بالبحث في الحالة النفسية للمدين،وتبعاً للظروف والخصائص التي تحيط بالحادث الطارئ فمن واجب المدين أن يتوقع إقدام المشرع على سن قانون معين،[٢]إذا كانت الحكومة قد طالبت بسن هذا القانون وأبدى المشرع اهتمامه بسنه،وعلى العكس لا يعد سنه متوقعاً إذا حصل بصورة فورية ومباغتة،ومما يدل على اعتيادية الحادث كثرة وقوعه[٣]،أما الحوادث الشاذة النادرة فلا تعدّ متوقعة،وإضافة إلى معيار (الاعتيادية) ،هناك حوادث يجب توقعها بحكم (الظروف) أو (طبيعة العقد)،فمن المتوقع مثلاً حصول خلل في ماكنة السفينة في عرض البحر خلال الرحلة،أو توقف السفينة في ميناء معين عملاً بالإجراءات الصحية،ومن المتوقع ارتفاع سعر منتج معين،بسبب تناقص إنتاجه،وقد ينجم واجب توقع خطأ الغير من نص في قانون أو لائحة[٤] كالنصوص التي تحرم نقل المواد المتفجرة في القطارات والطائرات،والأصل أن المدين لا يكلف بتوقع أخطاء الغير لأنها أفعال شاذة (غير اعتيادية) إلا إذا قضت ظروف الحال بوجوب توقع ذلك[٥].

---

[١] حسن عامر،**المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،ص٣٦٠،ويشير فيه إلى محكمة النقض الفرنسية في ١٤/يونيو/١٩٤٨،جازين دي باليه،١٩٤٨،١٩٦١،وفي ٢١ يناير سنة ١٩٤٦،واللوز ١٩٤٦،وديموج،الجزء السادس،صحيفة ٥٧٦،بند ٥٣٨،ومازو،الجزء الثاني،بند ١٥٧٦.

[٢] قرار تمييز رقم ٩٧/١٩٦٩،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٩٨،العدد الأول،ص٢١٥.

[٣] قرار تمييز حقوق رقم ٩٤/١٠٣٣،**مجلة نقابة المحامين** سنة ١٩٩٦،ص١٤٣٣.

[٤] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص١٦٣،ويشير فيه إلى قرار محكمة الاستئناف المنشور في مجلة المحاماة لسنة ١٩٣٧،تحت رقم ٣٤٠ ،ص٧١٦،إلى أن إلقاء (جوال)به مواد متفجرة سقط تحت عجلات القطار هو فعل متوقع الحصول ، لوائح السكك الحديدية فمنعته مقدماً(م٤ ف٥ و م١٣) من القرار الخاص بنظام السكك الحديدية الصادر في ٤ مارس ١٩٢٦.

[٥] ثروت الأسيوطي،**مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن**،القاهرة،١٩٦٠،فقرة ٣٦١،ص٥٠٠،ويشير إلى سليمان مرقس،نظرية دفع المسؤولية ،النسخة الفرنسية،ص٤٠٥.

ومن المبادئ السائدة أنه لا يجوز تطبيق نظرية القوة القاهرة إلا إذا كانت هذه الاحداث الطارئة لا يمكن توقعها،ومن المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء أن ارتفاع الأسعار بسبب الحرب أو الاضطراب العام لا يعتبر حالة قوة قاهرة إلا إذا جعلت الوفـاء مسـتحيلاً اسـتحالة تامة[١].

ومع اضطراد التقدم العلمي في كل المجالات أصبح من الممكن توقع أمور كثيرة لـم يكن بالإمكان توقعه قبلاً،مما يوسع دائرة الخطأ ويقلص من دائرة القوة القاهرة[٢].

وأهمية توقع حادث اعتيادي معين تتجلى في أنه يلقي على عاتق المدين واجباً باتخـاذ الإجراءات الضرورية لتجنبه،فالسرقات بالطرق الشائعة تعد أموراً متوقعة لذا كان من واجـب المدين اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنعها،أما السرقات التي تقترن بالعنف أو باستعمال أسـاليب متطورة خاصة فهي لا تعد متوقعة اعتيادياً[٣].

ولا مسؤولية عليه إذا لم يتخذ الإجراءات لمنعها،ولكن مدى الواجب في التوقع يختلف من مدين إلى مدين،فهناك مثلاً فرق بين ما يجب أن يتوقعه مدين بحفظ شيء اعتيادي،وبين مـا يجب أن يتوقعه مدين بحفظ شيئ ثمين أو المدين المهني الذي يحفظ شيئاً بصفته المهنيـة،فعلى الثاني أن يتوقع لا الحوادث الاعتيادية فحسب بل حتى الحوادث غير الاعتيادية كالسرقات التي ترتكب باستعمال أساليب متطورة من الناحية الفنية.

ونستخلص من ذلك أن خطأ المدين ثابتاً،إذا كان قد توقع الحادث،ولم يتخذ الإجراءات الضرورية التي في وسعه لمنع وقوعه[٤]،وخطأه في هذه الحالة يدعى بالطيش أو التهور وهو

---

[١] تمييز حقوق،رقم ٧٨/٣٥٧،**مجلة نقابة المحاميين**،لسنة ١٩٧٩،العدد الرابع،ص٤١١.
[٢] ثروت الأسيوطي،**مسؤولية الناقل الجوي**،مرجع سابق،فقرة ١٢١،ص ١٦٥.
[٣] تمييز حقوق رقم ٩٨/١٤٥٢،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٩٩،العدد الأول،ص ١٩٥٣.
[٤] قرار تمييز حقوق رقم ٦٣/٧٨،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٦٣،العدد الثاني،ص١٣٦،والذي بينت فيه محكمة التمييز شروط الحادث ليكون قوة قاهرة بقولها:"يشترط في الحادث ليكون قوة قاهرة تـوفر أربعة شروط،أ-أن يكون غير متوقع الحصول،ب-أن يكون غير ممكن الدفع،ج-أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا،ء-أن يكون هنالك خطأ من جانب المدين،وعليه فإن الاغلاق الحدود بـين الأردن وسـوريا لا يمكن الاحتجاج به كقوة قاهرة يخلي المميز من المسؤولية التعاقدية بتقـديم حاجيـات للجـيش التـزم بتقديمها".

خطأ صادر عن إرادة ووعي المدين،أما إذا لم يلمح المدين الحادث الذي كان متوقعا،فهو مهمل أو عديم الانتباه أو غير متبصر[١].

الفرع الثاني
عدم إمكان التغلب على الحادث واستحالة التنفيذ

على المدين وبصورة مبدئية تنفيذ التزامه طالما كان التنفيذ ممكنا،وتطبيقاً لذلك نص القانون المدني الأردني على :"يجب الوفاء بالحق متى استوفى شرائط استحقاقه قانوناً فإن تخلف المدين فقد وجب تنفيذه جبراً عليه تنفيذاً عينياً أو تعويضاً طبقاً لنصوص القانون"[٢]،كما نص أيضاً :"يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ ما التزمه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكنا.."[٣].

والتنفيذ المطلوب من المدين هو التنفيذ العيني،وليس تنفيذاً آخر،أي التنفيذ بذات ما التزم به المدين،وهو حق لكل دائن وكذلك حق لكل مدين،أي بمعنى أنه لا يمكن لأي من المتعاقدين الإحادة عنه بمفرده،فلا يستطيع المدين أن يحيد عنه إلى غيره،وكذلك الدائن إذا أصرّ المدين على التنفيذ العيني،فليس بإمكانه طلب التعويض بدلاً عنه[٤]،ولا يجوز الإخلال به عن طريق تغيير محله،حتى لو كان المحل البديل أكثر قيمة من المحل الأصيل،إلا إذا تراضى الطرفان على التغيير فيكونان قد اتفقا على تعديل العقد.

ويجب التفريق بين الحوادث القاهرة التي تعد قوة قاهرة،وبين الظروف الطارئة التي لا تعد إلا مجرد صعوبات،فالظروف الأولى تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً،بينما الظروف الثانية لا تجعله مستحيلا رغم أنها تزيد في التكاليف التي يتحملها المدين[٥].

---

[١] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص١٦٧.
[٢] المادة (٣١٥)من **القانون المدني الأردني**،تقابلها المادة(١٤٥)من **القانون المدني العراقي**.
[٣] المادة (٣٥٥)من **القانون المدني الأردني**،تقابلها المادة(١٤٦)من **القانون المدني العراقي**.
[٤]ياسين جبوري،**آثار الحقوق الشخصية**،مرجع سابق،ص١١٥،عبد القادر الفار،**أحكام الالتزام**،آثار الحق في القانون المدني،عمان،مكتبة دار الثقافة،الطبعة الثالثة،١٩٩٦،ص ٥٨.
[٥]قرار تمييز حقوق رقم ٧٥/٦١،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٧٦،العدد الرابع،ص٥١٢.

لا يعدّ المدين مخطئا" إذا لم يتوقع الحادث الطارئ مخطئا ولكنه استطاع في اللحظة الأخيرة النجاح في منع وقوعه،كما لا يعد مخطئاً إذا توقعه ولكنه لم يستطع حسب القدرات المتوفرة لديه وحسب العناية المطلوبة منه أن يمنعه والعبرة ليست بوقوع الحادث بالذات،بل هي في كونه يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلاً.

ولدراسة هذه المواضيع سوف نقسم هذه الفرع إلى أربعة أقسام هي:الأساس الأخلاقي للإعفاء بسبب استحالة التنفيذ،وأنواع استحالة التنفيذ،ومتى يسأل المدين عن القوة القاهرة،والتفريق بين القوة القاهرة وصعوبات التنفيذ.

أولا: الأساس الأخلاقي للإعفاء بسبب استحالة التنفيذ

إن أساس الإعفاء من الالتزام في حالة السبب الأجنبي أساس أخلاقي مضمونه : (أن لا التزام بمستحيل)[١].

وما يلزم بأن يكون إنساناً أسمى يقهر القوي الطاغية ويؤدي أعمالاً بطولية خارقة[٢].أما الاستحالة التي يكون المدين هو السبب في خلقها فهي لا تعفيه من التنفيذ،فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون[٣]،ومعنى هذا أن من لا يخوله القانون التحلل من التزامه يبقى مسؤولاً ولا يستطيع أن يتحرر منه ولو بصورة غير مباشرة عن طريق جعل تنفيذه مستحيلاً،وبعبارة أخرى،لا يتخلص المدين من التزامه طالما ارتكب خطأ،ولو أن تنفيذ الالتزام بحد ذاته لم يعد ممكناً في الحقيقة والواقع.

---

[١] محمد وحيد الدين سوار،**شرح القانون المدني**،النظرية العامة للالتزام،الجزء الأول،المصادر والالتزام،دمشق،المطبعة الجديدة،الطبعة الثانية،١٩٧٧،فقرة ٥٠٩،ص٣٨٦.

[٢] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص١٦٩،ويشير فيه إلى بودري وفال،الالتزامات،الجزء الثاني والعشرين،القسم الثاني،فقرة ٤٢٣/ص ٤٦٠.

[٣] المادة(٢٤١) من **القانون المدني الأردني**،ويقابلها المادة (١٤٧) من **القانون المدني العراقي**،والمادة (١/١٤٨) من **القانون المدني السوري**.

ثانيا :أنواع استحالة التنفيذ

استحالة التنفيذ إما أن تكون استحالة مادية مطلقة أو استحالة نسبية أو استحالة وقتية،أو استحالة جزئية ،ونتناول هذه الاستحالات بالإيضاح تباعاً :-

أ:الاستحالة المادية المطلقة.

الحوادث التي لا يد للإنسان في حدوثها،ولا يمكن توقعها لا زماناً ولا مكاناً وبنفس الوقت لا يمكن دفعه[1].وبالتالي فهي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مادية مطلقة،ومثال ذلك:إذا كان المقاول رساماً وقطعت يده التي يرسم بها،أو فقد بصره،أو كان العمل إجراء عملية جراحية وأصيب الجراح بمرض مفاجئ أقعده عن إجراء العملية.

ففي هذه الحالات تنفسخ المقاولة كما تنفسخ بموت المقاول،وتطبيقاً لهذه الفكرة نص القانون بخصوص انتهاء عقد المقاولة على :"إذا حدث عذر يحول دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه جاز لاحد عاقديه أن يطلب فسخه"[2].

وكما يؤدي السبب الأجنبي إلى استحالة تنفي الالتزام استحالة مطلقة،فهو قد يؤدي إلى استحالة ممارسة الدائن لحقه تجاه المدين،مما يؤدي إلى عجز الدائن عن تنفيذ الالتزام المقاول للحق الذي عجز عن ممارسته.

فهنا استحالة مادية مطلقة غير مباشرة في تنفيذ الالتزام،مثال ذلك في حالة إجارة الأرض الزراعية،استحالة انتفاع المستأجر بالأرض المؤجرة بسبب انقطاع المياه عنها،أو نشوب

حرب يغير بسببها العدو على الأرض ويمنع من زراعتها أو حدوث زلزال يشق الأرض فيجعلها غير صالحة للزراعة أو يجعل الماء يغمرها[1].

---

[1] قرار تمييز حقوق رقم ٩٧/١٩٦٩،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٩٨،العدد العاشر،ص ٢١٥.
[2] المادة (٨٠١) من **القانون المدني الأردني**.

وقد عرف الفقه الإسلامي نظرية الفسخ بالضرر الطارئ وخاصة في عقد الإيجار،فيفسخ الإيجار بالعذر في مذهب الحنفية،فإذا استأجر شخص حماماً في قرية،مدة معلومة،فنفر الناس ووقع الجدار،فلا يجب الأجر[٢]،إن هذه النظرة تتفق مع فكرة السبب في الالتزامات وارتباط الالتزامات المقابلة،تلك الفكرة التي تجد سندها في قواعد العدالة.

ب:الاستحالة النسبية

ويقصد بها الاستحالة الراجعة إلى الشيء في ذاته،لا استحالته بالنسبة إلى المدين،إذ قد يلزم شخص بعمل معين يكون مستحيلاً عليه هو القيام به،بينما لا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص آخر غيره،فهنا يوجد الالتزام،ويكون محله صحيحاً،ولا تأثير للاستحالة على محل الالتزام سواءً أكانت تلك الاستحالة سابقة على وجود الالتزام أم لاحق له.

ومن صور استحالة التنفيذ،استحالة بسبب وسيلة التنفيذ كمن يعفي مجهز التيار الكهربائي من تنفيذ التزامه،إذا كان قد اشترط في عقد التجهيز استخدام القوة المائية وحدها في توليد الكهرباء وصادف أن حدث جفاف شديد أدى إلى جفاف الشلال،فلا تعتبر الاستحالة مطلقة بسبب إمكان استعمال الوسائل الحرارية مثلاً لتوليد الكهرباء.

أو استحالة بسبب مدى العناية المطلوبة إذا تعهد المدين بتنفيذ التزامه ببذل عناية الرجل المعتاد،فالتنفيذ يعد مستحيلاً إذا وجدت حوادث،يقتضي التغلب عليها بذل عناية تفوق عناية الرجل المعتاد.

وأيضاً من صورها استحالة بسبب اعتبارات العدالة إذا كان يمكن للمدين أن يدفع الحادث ولكن مع خسارة جسيمة لا تتناسب مع المنفعة المتوخاة من العقد،فلا يجبر على تحمل

---

[١] عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء السادس،القسم الثاني،فقرة ٧٤٩،ص١٣١٣،وأنظر المادة ٧٢٠ من **القانون المدني الأردني**.

[٢] ياسين الجبوري،**المبسوط في شرح القانون المدني**،الجزء الأول،نظرية العقد،القسم الثالث،آثار العقد وانحلاله،دراسة موازنة بالقانون المدني الأردني والفقه الإسلامي مع الإشارة إلى القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي،عمان،دار وائل للنشر،الطبعة الأولى،٢٠٠٢،فقرة٤٦٥،ص٥١٠.

هذه الخسارة،لأن في ذلك إخلالاً بمركزي الطرفين اللذين حصلا عليه عند تكوين العقد،إخلالاً غير معتاد ترفضه قواعد العدالة وتعتبر الاستحالة النسبية قائمة ويعفي المدين من تنفيذ التزامه،فالناقل البحري المكلف بإيصال بضاعة معينة إلى شخص معين في بلدة معينة بتاريخ معين،وتعطلت السفينة في الطريق بسبب صدمة ناجمة عن خطأ الغير،فترتب على ذلك تأخير تنفيذ التزامه عن التاريخ المقرر ببضعة أيام،يعفى من التأخير في تنفيذ التزامه(١).

وأخيراً قد تكون الاستحالة النسبية بسبب طبيعة العمل،فإذا كانت جماعة من الموسيقيين(كورس) قد تعهدت بإحياء حفلة موسيقية،ثم مرض أحد أفرادها،فإن في إمكان الجماعة،من حيث الظاهر،جلب بديل عنه،وعدم التسبب في تأخير الحفلة عن موعدها،ولكن يصعب القول بأن الجماعة ستؤدي مهمتها على ما يرام،ذلك أن الجماعة بأعضائها الأصليين هي التي نالت ما نالت من شهرة،لذا فإن الاستحالة النسبية في تنفيذ إحياء الحفلة تعد قائمة،بسبب من طبيعة العمل ودرجة الجودة الواجبة في تنفيذه(٢).

ج:الاستحالة الوقتية.

قد يترتب على القوة القاهرة أو السبب الأجنبي ليس استحالة تنفيذ محل الالتزام بل استحالة تنفيذه مدة معينة ويأخذ المشرع الأردني حكماً واحداً بالنسبة للاستحالة الوقتية والاستحالة الجزئية في عقود المدة،لأن السبب الأجنبي قد يؤدي إلى امتناع تنفيذ العقد بعض الوقت(٣)،وقد طبق المشرع الأردني ذلك الحكم ومثال ذلك،إذا كانت الأرض المستأجرة قد غشيتها ماء الفيضان فلا تصلح للزراعة عندئذٍ فترة من الزمن،فيسقط عن المستأجر من الأجرة

---

(١) قرار تمييز حقوق رقم ٩٦/٥٢٨،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٩٨،العدد الأول،ص١٤٢٨.
(٢) عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص١٧٨.
(٣) أنور سلطان،**مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**،دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،عمان،منشورات الجامعة الأردنية،الطبعة الأولى،١٩٨٧،فقرة٣٨٥،ص٢٦٥،تمييز حقوق رقم ٩٦/٨٢٥،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٩٨،العدد الأول،ص ١٤٢.

ما يستحق خلال هذه المدة،ولكن العقد لا ينفسخ،فإن اختار المستأجر فسخه انقضى العقد،وإن لم يفسخ بقي[١].

وبالتالي فإن القوة الوقتية لا تعفي المدين من الوفاء بالتزامه بل تسمح له بتراخي الوفاء حتى ينقضي أثرها[٢].

د: الاستحالة الجزئية.

قد لا يكون السبب الأجنبي مدعاة إلى استحالة تنفيذ الالتزام كاملاً فيبقى في إمكان المدين أن ينفذ قسماً من التزامه دون القسم الآخر،فما هو واجب المدين في هذه الحالة لكي لا يقع في خطأ ولكي يعفى من المسؤولية ؟.عليه أن ينفذ ما يمكن تنفيذه من الالتزام عملاً بقاعدة فقهية مشهورة أخرى ،وهي: (ما لا يدرك كله لا يترك جله) ولكن هذا الواجب ينتفي إذا كان في إيفاء جزء من الالتزام ضرر للدائن،إذ قد يكون الوفاء الجزئي مما لا يتحقق به ما كان مقصوداً من التعاقد ،على أن الأمر في هذا متروك لقاضي الموضوع،فقد يرى أن استحالة الوفاء بالجزء الآخر من الالتزام يبرر انقضاء الالتزام كله،فيقضي بفسخ العقد كاملاً إذا كان العقد غير قابل للتجزئة،أو إذا كان ما استحال الوفاء به هو الجزء الأهم في الالتزام في حالة عدم قابلية الالتزام للتجزئة[٣]،إن حسن نية الدائن توجب عليه قبول الأجل،ولا يسمع منه طلب الفسخ الكلي إذ كان التنفيذ الجزئي مجدياً.

ثالثا :متى يسأل المدين عن القوة القاهرة

لا يشترط لتحقق مسؤولية المدين عن عدم تنفيذ التزامه بسبب القوة القاهرة من أن يكون قد توقع الحادث الذي عدّ قوة قاهرة أو قصر في دفعه عند وقوعه،بل يشترط أن ينتفي أي خطأ من جانبه يكون مقارناً لوقوع الحادث(السبب الأجنبي) فلو كان المدين قد تعهد بنقل

---

[١] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**،مرجع سابق،ص٢٥٥. [٢] حسين عامر،**المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،الفقرة ٣٥٨،ص ٣٧٠،ويشير إلى قرارات محكمة النقض الفرنسية في ١٥ ديسمبر ١٩٢١،وفي ١٥ نوفمبر ١٩٢٥،وفي ٨ ديسمبر ١٩٢٦.
[٣] أنور سلطان،**مصادر الالتزام**،مرجع سابق،فقرة ٣٨٥،ص ٣٦٥.

بضائع،ولكنه أختار الطريق الأطول خلافاً لمصلحة الدائن ثم تصدّت له عصابة مسلحة سرقت البضاعة التي في عهدته،فإن خطأه في اختيار الطريق الأطول يجعله مسؤولاً عن القوة القاهرة رغم أنه لم يكن قد تصدّى العصابة المسلحة له ورغم أنه بذل كل ما في استطاعته لدفع الحادث.وفي عقد البيع يلزم المشتري بتسلم المبيع،فإذا تباطأ في استلامه وقام البائع بأعذاره بوجوب التسلم ثم هلك المبيع بقوة قاهرة فإن المشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك[١].حتى لو لم يتوقع الحادث الطارئ ولم يكن في وسعه دفعه بحال،خلافاً للمبدأ المقرر من أن تبعية الهلاك على البائع قبل التسليم[٢]،ويمكن القياس على هاتين أية حالة أخرى يقترن فيها خطأ المدين[٣] بحدوث القوة القاهرة فيصبح المدين مسؤولاً عن تنفيذ التزامه رغم توفر عناصر القوة القاهرة وذلك بسبب اقتران خطأ المدين بالقوة القاهرة.

رابعا :التفريق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة

استحالة التنفيذ الناشئة عن سبب أجنبي لا ينسب إلى المدين هي التي تعفي المدين من التزامه،أما صعوبة التنفيذ الناشئة من بعض الحوادث فهي غير معفية للمدين،فما هو معيار التفريق بين القوة القاهرة وصعوبة التنفيذ ؟.

إن الصعوبة توجد إذا أصبح التنفيذ أكثر كلفة أو إرهاق مما كان عليه قبلاً،مثال ذلك:أن يتأخر الناقل في شحن البضاعة أسابيع عدة بحيث انخفضت أثنائها قيمة النقد وأصيبت الطائرة التي كان قد خصصها للنقل بعطل ،ولا تعد هذه الحالة مما يبرر الاستحالة[٤].وقد قضي أيضاً بأن الطقس في الشتاء لا تعد قوة قاهرة[٥].ولكن صعوبة التنفيذ إذا اتخذت طابع الإرهاق للمدين،بحيث حصل اختلال بيّن كفتي ميزان العقد مما يؤدي إلى إثراء طرف على حساب طرف آخر،فإن القانون يجيز إعادة التوازن إلى كفتي العقد وإعفاء المدين جزئياً من التزامه وقد

---

[١] المادة(١/٥٤٧) من **القانون المدني العراقي**،لا يوجد سابقة لها في القانون المدني الأردني.
[٢] المادة(٥٠٠)من **القانون المدني الأردني**،وتقابلها المادة(١٧٩) من **القانون المدني العراقي**.
[٣] المادة (٥٠١) من **القانون المدني الأردني**.

[٤] ثروت الأسيوطي،**مسؤولية الناقل الجوي**،مرجع سابق،ص٤٦٩،ويشير إلى قراري محكمة السين التجارية في ١٧ يناير ١٩٤٩،ومحكمة روبنير في حزيران ١٨٧١.
[٥] قرار تمييز حقوق رقم ٩٤/١٠٣٣،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٩٦،ص ١٤٣٣.

نص القانون على :"إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا،صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحتي الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك،ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[١].ونرى في هذه الحالة أن القانون اشترط أن يكون تنفيذ الالتزام متراخياً وأن تجد حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً[٢]،ويقصد بالإرهاق أن تهدد المدين خسارة فادحة،أما الخسارة المألوفة في التعامل فلا تكفي لإعادة التوازن إلى كفتي العقد،إذ أن التعامل مكسب وخسارة،وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفة التي أبرم في شأنها العقد ،فلو أن المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته،إن التخفيف من التزام المدين في هذه الظروف يستند إلى مبدأ حسن النية،هذا المبدأ الذي لا يقر استغلال أحد الطرفين للمتاعب التي تواجه الطرف الأخر بحيث يثري على حسابه خلافاً لقواعد العدالة،وهذا ما أكده المشرع البولوني في المادة (٢٦٩) من القانون المدني البولوني وكذلك القضاء الألماني[٣].

وهكذا نستطيع أن نقرر من أن الظروف التي تتوقع ولا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً تعد مجرد صعوبات لا تعفي المدين من التزامه،أما الظروف التي لم تتوقع ولها صفة استثنائية عامة وإن لم تترتب على حدوثها استحالة تنفيذ المدين لالتزامه إلا أنها تجعل التنفيذ مرهقاً بحيث تهدد المدين بخسارة فادحة فإن للقضاء بعد الموازنة بين مصلحتي الطرفين واسترشاداً بقواعد العدالة ومبدأ حسن النية أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ولا يجوز فسخ العقد.

---

[١] المادة(٢٠٥)من **القانون المدني الأردني**،ويقابلها المادة(٢/١٤٧)من **القانون المدني المصري** ،والمادة(١٤٦)من **القانون المدني العراقي**،والمادة(١٩٨) من **القانون المدني الكويتي**.
[٢] قرار تمييز حقوق رقم ٨٠/٣٤١،**مجلة نقابة المحامين**،لسنة ١٩٨١،العدد الخامس،ص٧٧٥.
[٣] عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص٦٨٠.

المطلب الثاني

واجب الدائن في تيسير التنفيذ-(فكرة التعاون)[١]

ليس واجب تنفيذ العقد بحسن نية واجباً مقصوراً على المدين وحده بل أنه واجب عقدي عام يفرض على طرفي العقد مهما تعددوا[٢].

ويتمثل واجب الدائن هذا في ضرورة سلوكه تجاه المدين سلوكاً متبصراً بحيث يتفادى الأخطاء المؤثرة على تنفيذ المدين لالتزامه،فلا يقف عقبة تسبب استحالة التنفيذ،عد ذلك سبباً أجنبياً يعفي المدين من تبعة عدم التنفيذ.

والواقع أن خطأ الدائن يعود بالضرر عليه بالذات أيضاً،ذلك أن هذا الخطأ يؤدي إلى حرمانه من المنفعة التي كان يرجوها من تنفيذ الالتزام فهو خطأ يتحمل الضرر منه شخصياً.ورغم ذلك يجب أن تتوافر فيه أركان الخطأ العامة.

وإذا كان واجب الدائن هو أن يتحاشى أي خطأ يعيق المدين عن تنفيذ التزامه،فإن هناك مقابل هذا الواجب،واجباً آخر،على المدين مقتضاه أن لا يتسبب أو يدفع الدائن إلى ارتكاب الخطأ،فإذا خالف ذلك،فإن خطأ الدائن لا يعد عندئذ سبباً أجنبياً عن المدين،ذلك لأن له يداً في حدوثه.

ونستطيع القول بأن من أهم الواجبات المتفرعة من واجب الدائن العام بالامتناع عن الخطأ،واجبات أربعة نتناولها في فروع أربعة وهي:-واجب الدائن في التعاون مع المدين لتنفيذ التزامه بصورة صحيحة في الفرع الأول ونتناول في الفرع الثاني واجب الدائن في إخطار المدين بالظروف التي تؤثر على سير التنفيذ،وفي الفرع الثالث ندرس واجب الدائن في عدم التعسف في استعمال حقوقه وأخيراً واجب الدائن في عدم الإساءة إلى مركز المدين في الفرع الرابع.

---

[١] السيد البدوي، **حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية** ،مرجع سابق،ص٩٢٩.

[٢] أنور سلطان،**مصادر الالتزام**،مرجع سابق،فقرة ٣٠١،ص٢١٢.

الفرع الأول

واجب الدائن في التعاون مع المدين لتنفيذ التزامه بصورة صحيحة

من الأمثلة على هذا الواجب،لزوم قيام عميل الخياط بما يطلبه الخياط إليـه مـن إجـراء التجارب(البروفات)على البدلة،وإلا فإن الخياط لا يكون مسؤولاً عن عدم صلاحيتها.

وعلى رب العمل ألا يتأخر في تقديم المادة التي تعهد بتقديمها،فإذا تأخر في ذلك وسـبب تأخر المقاول في إنجاز العمل لم يكن هذا الأخير مسؤولاً وعليه ألا يتأخر في دفع أقساط الأجرة المستحقة للمقاول حتى يستطيع هذا من إنجاز العمل في موعده المقرر،وعليه أن يحصل علـى الرخصة اللازمة للمقاول والتي لا يمكن البدء أو الاستمرار في إنجاز العمل بدونها[١].

وأيضاً فالأمانة والإخلاص يقتضيان،أن يمتنع عن الغش أو عن الحيلة التي من شـأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام من قبل المدين مرهقاً له أو مسـتحيلاً عليـه،أو تحميـل المـدين بنفقـات ومصاريف مالية ضخمة لا تنسجم مع الفائدة المتوخاة والمرجوة من العقد[٢].

وعلى المؤلف أو الناشر أن يسلم لدار الطبع أصول المطبوع في الوقت المناسب وأن يقوم بتصحيح تجارب الطبع على أوراق التجارب[٣].

---

[١] عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء السابع،القسم الأول،الفقرة٧٨،ص١٤٤.

[٢] حسـام الـدين كامـل الأهـواني،**مصـادر الالتـزام**،المصـادر الإراديـة،القاهرة،١٩٩١-١٩٩٢،فقرة٣٠٧،ص٢١١.

[٣] محيي الدين اسماعيل علم الدين،**نظرية العقد**،مقارنة بين القوانين العربية والتربية الإسلامية،الطبعة الأولى،القاهرة،فقرة٣١١،ص٤٥٢،ويشير به إلي جمال زكي،فقرة١٧١،ص٣١١-٣١٢.

الفرع الثاني

واجب الدائن في إخطار المدين بالظروف التي تؤثر على سير التنفيذ

يستلزم تنفيذ الالتزام بحسن نية واجب التعاون بين المتعاقدين.وأهم تطبيق لذلك هو الالتزام بالتبصير والإعلام بالظروف والوقائع التي تكون ذات أهمية في تنفيذ العقد[١].أي أن الدائن ملقى على عاتقه إخطار المدين عن الأخطاء الاستثنائية،فيكون مخطئاً كلما نسي تنبيه المدين عن مثل هذه الأخطار التي يجهلها ولم يكن من الواجب عليه أن يعلم بها.

تبدو أهمية الأخطار في أن المدين يصبح متوقعاً للظرف الذي يؤثر على سير التنفيذ،فيتخذ أفضل ما يستطيع من الاحتياطات،لاتقاء أثر الظرف السيء على التنفيذ،فإذا أهمل الدائن في إخطار المدين،وقد حصل الظرف الذي كان ينبغي الإخطار عنه،فإن هذا الظرف الذي يعيق تنفيذ الالتزام يعتبر أجنبياً عن المدين ويعفيه من المسؤولية لأنه لم يكن متوقعاً إياه فوظيفة الإخطار هي جعل المدين متوقعاً للظرف والحيلولة دون ادعائه بكون الظرف سبباً أجنبياً حال بينه وبين التنفيذ،ذلك لانتفاء أحد عنصري السبب الأجنبي بالنسبة له وهو عنصر(عدم التوقع).

ولهذا الواجب تطبيقات تشريعية وقضائية في العديد من العقود ونتناول تطبيقاته في أربعة عقود هي:-

أولا:في عقد الإيجار واجب المستأجر في إخطار المؤجر:

على المستأجر وهو الدائن بالانتفاع بالمأجور،أن يخطر المؤجر عن أي إدعاء من أجنبي بحق يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق[٢].وعليه أيضاً إذا ما وجدت في المأجور عيوب لا يجوز الإبطاء في إصلاحها أن يعذر المؤجر بحالة المأجور ووجوب إصلاحه فوراً[٣].وكذلك الأمر إذا وقع على العين المأجورة اغتصاب أو اعتدى أجنبي بالتعرض لها أو بإحداث ضرر

---

[١] حسام الدين الأهواني،**مصادر الالتزام**،مرجع سابق،فقرة٣٠٧،ص١١١.
[٢] المادة(٧٥٤)،القانون **المدني العراقي**،والتي ليس لها مقابل في القانون المدني الأردني.
[٣] المادة(١/٦٨١)من **القانون المدني الأردني.**

فيها،وواجب المستأجر هذا قد شرع صراحة في القانون المدني المصري[١]ولم يشرع في القانون المدني الأردني.

ولكن عدم تشريع هذا الواجب في القانون المدني الأردني بمثل الصراحة التي شرع فيها في القانون المدني المصري لا يدل على اختلاف الحكم بين القانونين لأن هذا الواجب يقوم من دون نص لأنه يستند إلى القاعدة العامة في وجوب إخطار المتعاقد للطرف الآخر بكل ظرف يؤثر على سير التنفيذ[٢]،إن إخطار المؤجر بكل هذه الظروف يؤدي إلى تمكين المؤجر من استمرار تنفيذ التزامه تجاه المستأجر كما يؤدي إلى حماية حق المؤجر في العين العائدة له.

ولكن واجب إخطار لا يقوم إذا كان المؤجر يعلم أو يستطيع أن يعلم بما يهدد العين من خطر عن طريق غير طريق المستأجر،أو إذا كان المستأجر لم يعلم ولم يكن يستطيع أن يعلم بما يهدد العين من خطر[٣].

ولم يحدد القانون ميعاداً للإخطار،ولكن الواجب على المستأجر أن يبادر بالاخطار،فعليه إذن أن يخطر المؤجر في أقرب وقت ممكن،فإن تباطأ،والقاضي هو الذي يقدر ذلك وأصاب المؤجر ضرر من تباطئه،كان المستأجر مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر[٤].

ثانيا :في عقد العمل واجب رب العمل في إخطار المقاول:

إذا ثبت أثناء سير العمل بأن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد،أنذره رب العمل بأن يعدل عن طريقته في التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له[٥].وذلك أن استمرار المقاول في طريقة تنفيذه الخاطئة،وعدم تنبيه رب العمل له،رغم علمه بعيب التنفيذ،سيؤدي إلى إنجاز عمل معيب،يرفض رب العمل تسلمه فيما بعد،ويعد المقاول وكأنه لم ينفذ شيئاً.في الوقت الذي

---

[١] المادة(٥٨٥)من **القانون المدني المصري**.

[٢] المادة(٦٧٥)من **القانون المدني الأردني**،والتي تنص على تنفيذ العقد بصورة تحقق الغاية المشروعة منه وتتفق مع حسن النية.

[٣] عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء الرابع،فقرة٣٨١،ص٥٣٦.

[٤] **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**،مرجع سابق،الجزء الرابع،ص٥٣٩-٥٤٠.

[٥] المادة(٧٨٥)من **القانون المدني الأردني**،وتقابلها المادة(١٨٩)من **القانون المدني العراقي** والمادة(٦٥٠)من **القانون المدني المصري**،وانظر في كون هذه المادة تطبيقاً تشريعياً لمبدأ التعاون بين الدائن والمدين،عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء الثاني،فقرة٤٣٥،ص٧٩٢،هامش رقم(١).

كان فإمكان الدائن أن يتحاشى هذه النتيجة وأن يضمن حسن التنفيذ وإنجاز العمل على الصورة المطلوبة إذا قام بواجب التنبيه.

ولا يشترط في الإنذار شكل خاص،فقد يصل الأمر من الخطر إلى حد أن يجد رب العمل من المناسب أن يوجه الإنذار على يد محضر(أو بواسطة كاتب العدل في الأردن)،كما إذا خالف المقاول المواصفات فلم يعمق الأساس كما ينبغي،وقد يكون الأمر من الهوادة.بحيث يكفي التنبيه الشفوي كما إذا كان الحائك قد بدأ يصنع الثوب معيبا[١].

ثالثا :في عقد النقل واجب مرسل البضاعة في إخطار الناقل:

على مرسل البضاعة أن يخطر الناقل بطبيعة البضائع إذا كانت تحتاج إلى عناية خاصة أو وجد في الطرود أشياء ثمينة[٢].وإلا فلا جناح على الناقل إذا بذل العناية المعتادة فحسب أكان يتعلق الأمر بأواني زجاجية أو ساعات أو أجهزة قابلة للكسر وكان الناقل يجهل طبيعتها ولم يبذل العناية التي تتطلبها مثل هذه الأشياء[٣].

رابعا :في عقد التأمين واجب المؤمن له في إخطار المؤمن:

على المؤمن له أن يخطر المؤمن عن كل ما قد يتعرض له محل التأمين من أخطار،وقد شرع المشرع هذا الواجب[٤]ومضمونه أن على المؤمن له إذا استجدت في أثناء سريان عقد التأمين،ظروف من شأنها أن تؤدي إلى زيادة الخطر المؤمن منه[٥]أن يخطر المؤمن عن هذه الظروف لإفساح المجال للطرفين باستبقاء العقد واستمرار تغطية الخطر ما أمكن ذلك بعد زيادة قسط التأمين،فعلى المؤمن له في المسؤولية عن حوادث السيارات إذا غير استعمال سيارته من الاستعمال الشخصي إلى سيارة للنقل العام(تاكسي)أن يخطر المؤمن،وكذلك من يؤمن على نفسه من الإصابات إذا غير حرفته الأصلية إلى حرفة أشد خطرا،وكذلك من يؤمن على منزله من الحريق،إذا استجد إلى جوار المنزل مكان توضع فيه مواد قابلة للالتهاب[٦].

---

[١] عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء السابع،القسم الأول،فقرة٤٥،ص٨٤.
[٢] المادة (٢/٧١)من قانون التجارة الأردني.
[٣] ثروت الأسيوطي،**مسؤولية الناقل الجوي**،مرجع سابق،فقرة ٢٠٤،ص٢٨٠.
[٤] المادة(٣/٩٢٧)من **القانون المدني الأردني**،وتقابلها المادة(٩٨٦/ج)من القانون المدني العراقي
[٥] محمد علي البدوي،**النظرية العامة للالتزام،مصادر الالتزام**،الجزء الأول،منشورات الجامعة المفتوحة،مطبعة الانتصار،الطبعة الثانية،طرابلس،١٩٩٣،ص١٦٨.
[٦] عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،الجزء السابع،القسم الثاني،فقرة٦١٧،ص١٢٥٧-١٢٥٨.

الفرع الثالث
واجب الدائن في عدم التعسف في استعمال حقه

قد يحدث في حالة تعسف الدائن في استعمال حقوقه تجاه المدين ظرف لا يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلاً كلاً،بل قد يؤثر على مدى ممارسة المدين لحقوقه فهل هذا الظرف من السبب الأجنبي في شيء؟نكررها بأن السبب الأجنبي لا يشترط فيه جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً كلياً،بل هو قد يعيق تنفيذ جزء من التزام المدين[١].

أو قد يحول بين المدين وممارسته لحق من حقوقه أو لمجموع حقوقه العقدية مما ينجم عنه امتناع المدين امتناعاً إرادياً أو طبيعياً عن تنفيذ جزء من التزامه أو كل الالتزام المقابل للحق أو للحقوق التي حيل بينه وبين الانتفاع بها[٢].وبموجب هذه النظرية فإن تعسف الدائن في استعمال حقه إذا أدى بحال من الأحوال إلى إعاقة المدين عن تنفيذ التزامه،فإن هذا التعسف الذي يعد خطأ من جانب الدائن يعد سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين يعفيه من مسؤولية عدم التنفيذ،ويتجلى هذا الخطأ في خروج الدائن على مقتضيات الثقة المتبادلة والتعاون والتنسيق المتبادلين بين طرفي العقد لتحقيق الغرض المتوخى من التعاقد.

ومن القرارات النادرة ،المستندة إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الصادر من المحاكم الأردنية قرار محكمة التمييز الموقرة[٣].تضمن في واقع الأمر عدم قبول انسحاب الشريك من الشركة إذا كان هذا الشريك يسيء استعمال حقه ,ان يتوفر لديه حسن النية وأن لا يتم انسحاب الشريك بوقت غير مناسب بحيث لا يؤدي إلى الإضرار بباقي الشركاء مع إخضاع تقدير توافر هذه الشروط لمحكمة الموضوع باعتبارها مسائل موضوعية لا يجوز تركها لإرادة الشريك المنفردة.

ومن تطبيقات واجب الدائن في عدم التعسف في استعمال حقوقه واجبه في قبول صنف متوسط من الشيء المتعاقد عليه،فليس للدائن أن يطالب بصنف أعلى من الشيء المتعاقد عليه

---

[١] انظر استحالة التنفيذ الجزئية ص (١٠٠) من رسالتنا هذه.
[٢] انظر في أحوال استحالة التنفيذ المادية المطلقة،ص ٩٧ من رسالتنا هذه.
[٣] تمييز حقوق رقم(٦٥٣/٩٨),**مجلة نقابة المحامين** لسنة ١٩٩٨ ،ص٣٦٥.

في حالة عدم تعين الصنف،وفي نفس الوقت لا يجوز للمدين أن يكتفي بتقديم أقل صنف منه،إذاً لا إفراط ولا تفريط،والذي يتفق مع مصلحتي الطرفين هو تقديم صنف متوسط منه.

وقد شرع هذا الحل بالمادة(١٣٣)من القانون المدني المصري،ولم يشرع في القانون المدني الأردني،ولكن القواعد العامة تفرض الأخذ به.لذلك فإن عدم قبول الدائن للشيء من الصنف المتوسط يحول بين المدين وبين تنفيذ التزامه فعلاً،ولكن المدين يعد قائماً بأداء التزامه ولا تترتب عليه المسؤولية ويحتفظ الدائن بحقه في تسلم الصنف المتوسط من الشيء.

الفرع الرابع
واجب الدائن في عدم الإساءة إلى مركز المدين

نص القانون المدني الأردني على ما يلي:(يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه)[١].

وهذا النص وإن ورد في أحكام المسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)ولكن لا نرى مانعاً من تعميم حكمه على المسؤولية العقدية تفسيراً لنص المادة(٢٦٦)التي تشترط في الضرر أن يكون نتيجة طبيعية لفعل الضار،وتطبيقاً لذلك فإن كل ضرر يسببه الدائن للمدين،وكان في وسعه عقلاً أن يحول دون وقوعه،باتخاذ الحيطة اللازمة لمنع وقوعه،فإن الدائن يصبح مسؤولاً عن تعويض المدين بسبب الخطأ الذي ارتكبه[٢].هذا التعويض الذي قد يتخذ صورة إعفاء المدين من تنفيذ التزامه.

ونتناول تطبيقات واجب الدائن في عدم الإساءة إلى مركز المدين في بعض العقود وهي عقود البيع والنقل والمقاولة.

---

[١] المادة(٢٦٤)من **القانون المدني الأردني**،وتقابلها المادة(٢١٠)من **القانون المدني العراقي** والمادة(١٧٠)من **القانون المدني السوري**.

[٢] عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٢٠٣،ويشير فيه إلى محمد كامل مرسي،الالتزامات،الجزء الثاني،القاهرة،١٩٥٤،فقرة٢٦١،ص١٣٤.

في **عقد البيع**،نص القانون المدني الأردني على أنه:(يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق آخر...)وهذا يعني أنه يلتزم بتسليم المبيع بحالة تمنعه هو وغيره عن أي تعرض قانوني للمشتري.وإن كان الالتزام بضمان التعرض أوسع من ذلك لأنه يشمل ضمان التعرض المادي الصادر من البائع[١].

وفي **عقد النقل**،على قائد سيارة الأجرة أن ينقل الراكب إلى أقرب وأيسر طريق،وعلى أمين النقل في عقد النقل،أن يقوم بنقل الأمتعة على أصلح عربة ومن أفضل طريق...وهكذا[٢].

وفي **عقد المقاولة**،يجب على المقاول الذي يريد أن يوصل التيار الكهربائي إلى مكان ما أن يتحرى ويثبت عن أقرب مسافة بين مصدر التيار وذلك المكان[٣].وإلا عد مطالباً بتكاليف غير ضرورية كان في إمكانه أن يتحاشاها.

---

[١] علي العبيدي،**العقود المسماة**،مرجع سابق،ص١٠٣،ويشير فيه إلى أنه لم يرد في القانون المدني الأردني نص يعالج التزام البائع بضمان التعرف الشخصي،على عكس من ذلك القانونين المصري في المادة(٤٣٩)والعراقي في المادة(٥٤٩).

[٢] عبدالناصر توفيق العطار،**مصادر الالتزام الإدارية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي**،الطبعة الأولى،الإمارات،فقرة(١٧١)،ص١٩٦.

[٣] عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،الجزء الأول،فقرة٤١٣،ص٧٠١.

المطلب الثالث

البواعث المشروعة لعدم التنفيذ

في حالة القوة القاهرة،تبقى إرادة المدين مخلصة لتنفيذ العقد،ويتضح ذلك من قيام المـــدين بتنفيذ ما يمكن تنفيذه من الالتزام،إذا كانت الاستحالة جزئية،وينتظره إلى حـــين ارتفـــاع القـــوة القاهرة الوقتية ليعود إلى تنفيذ العقد إذا كانت الاستحالة وقتية،أما عدم التنفيـــذ بســـبب باعـــث مشروع،فهو ينطوي على إرادة تتعمد الإخلال بالتنفيذ دون أن تتعمد الإضرار بالغير بالدرجـــة الأولى،والباعث على هذا الإخلال هو استعمال المدين حقاً من حقوقه له الأولوية على حق دائنه تجاهه فعمله في هذه الحالة،وإن كان في ظاهره خطأ،أي أن العنصر الموضوعي للخطـــأ يعـــد محققاً،ولكنه لا يعد خطأ بسبب تخلف العنصر المعنوي للخطأ وذلك أن إرادة المدين وأن اتجهت إلى الإخلال بالتنفيذ طوعاً واختياراً فهي على كل حال ليست إرادة غير مشـــروعة فـــي نظـــر المجتمع،لأنها تجد سندها في القانون والعرف،وهذا يمنح المدين الحق في عدم تنفيذ التزامه.

ولكن الإشكالية أنه متى يمكن القول بأن إخلال المدين بتنفيذ التزامه كـــان عـــن باعـــث مشروع لا يؤاخذ عليه لأنه حسن النية لم تشي إرادته شائبة سوء النية؟.

ولحل هذه الإشكالية نحن بحاجة إلى اتخاذ معيار في هذا الصدد ثم بيان بعض تطبيقـــات هذا المعيار،لذا نتناول هذا المطلب فرعين نخصص الفرع الأول إلى معيار الباعث المشـــروع- باعث الرجل المعتاد-،وفي الفرع الثاني إلى تطبيقات الباعث المشروع.

الفرع الأول

معيار الباعث المشروع-باعث الرجل المعتاد

إن باعث المدين المشروع على تعطيل الواجب المقابل لحق الغير هو مباشرة نشاط أولى بالرعاية من حق الدائن وبعبارة أخرى استعمال حق أعلى من حق الدائن،ولكن كيف نقدر مشروعية هذا الباعث ،ومتى نتفق مع المدين من أن باعثه كان مشروعاً ،وبعبارة أخرى أن الحق الذي استعمله هو حق أعلى فعلاً من حق الدائن المقابل لواجب المدين أو متى يكون ادعائه الشخصي أو اعتقاده بشرعية باعثه غير قائم على أساس؟يقول الأستاذ سليمان مرقس:"لو ترك تقدير الأهمية النسبية للحقوق التعاقدية وأثرها على الواجبات المقابلة إلى كل شخص بحسب ميوله واستعداده كان معنى ذلك أن تصبح الغلبة للأقوى ..لذلك كان لا مناص من إيجاد معيار مادي ثابت يرجع إليه في كل حال لتعيين مدى حقوق وواجبات الأشخاص المتشابكة.. ولا سبيل إلى ذلك إلا باتخاذ مسلك الرجل المعتاد معياراً مادياً يتعين وفقاً له مدى واجبات الطرفين الذين يقع التصادم بين حقوقهما.. فينظر إلى مسلك الرجل المعتاد في حالة اصطدام حقين مماثلين لحقي طرفي الدعوى دعوى المسؤولية المدنية من حيث تغليبه حقه على واجبه المقابل لحق آخر لشخص معين أو العكس،ويتعين وفقاً لهذا المسلك مدى واجبات المدعى عليه التي كان يلزم مراعاتها في الحالة المعينة التي وقع فيها الفعل الضار[1].

إذن نستطيع القول بأن شعور(المدين)الرجل المعتاد واقتناعه بأنه يستعمل حقاً له أعلى من حق الدائن وبالتالي مسلكه الفعلي بناءً على شعوره هذا،هو المعيار للقول بشرعية الباعث الذي دفع المدين للإخلال بالتزامه،فكل باعث يؤدي بالمدين إلى الإخلال بالتزامه إذا كان يقوم في نفس الرجل المعتاد،فهو باعث مشروع،أما إذا كان لا يقوم على مثل هذا الباعث في نفس الرجل المعتاد فهو باعث غير مشروع،يطبع فعل المدين(خطأه) بالإهمال أو سوء التبصر وسوء التقدير،ما لم يعتبر القاضي هذا النوع من الإهمال خطأً جسيماً يلحقه بالعمد في آثاره.

---

[1] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق ،ص ص ٢٠٦،٢٠٧.ويشير فيه إلى سليمان مرقس،مذكرات في القانون المدني لطلبة قسم الماجستير في القانون في جامعة بغداد ،عام ١٩٦٨-١٩٦٩،مطبوعة بالرينيو.ص ١٢٤.

الفرع الثانـي

تطبيقات الباعث المشروع

لا شك أن للمدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه أعمالاً لحق يعترف له القانون به،وذلك كمـا في حالة إضراب العمال عن العمل،فإذا حصل الإضراب على وجه غير مخـالف للقانون،فـإن باعث العمال على التوقف عن تنفيذ عقد العمل مع رب العمل يعد باعثاً مشروعاً يعفـيهم مـن مغبة الإخلال الإرادي بتنفيذ عقد العمل،ولكن الإخلال بالتنفيذ لا يستند في كثير من الأحيان إلى حق صريح محدد بالقانون،بل يستند إلى حقوق عامة غير محددة،فمتى يعد الباعـث مشـروعاً للإخلال بالتنفيذ استناداً إلى هذه الحقوق العامة غير المحددة تشريعياً ،نتناول تطبيقـات ثلاثـة للباعث المشروع وفي استجابة المدين للبواعث الوطنية والقومية واستجابة المدين لباعث حفـظ الحياة أو سلامة البدن،واستجابة المدين لباعث حماية مصلحة له أكثر قيمة أو أهمية من مصلحة الدائن،هذه البواعث جميعاً تستمد شرعيتها من مسلك الرجل المعتاد في أساس الآخر،والتطبيقات أن هي إلا بيان للحدود والكيفيات التي يتحرك خلالها الرجال المعتاد وفي كل حالة على حده.

أولاً:استجابة المدين للبواعث الوطنية والقومية.

لا خطأ في جانب المدين الذي يتطوع خلال الحرب،للعمل من أجل بلاده أو يسجن من قبل الأعداء بسبب نشاطه الوطني،فلا يعود قادراً على الإيفاء بالتزامه،وكذلك الحال مـع صـاحب المصنع الذي يبرم مع الدولة،خلال الحرب عقوداً جديدة تستغرق كل منتجاتـه،بحيث لا يعـود قادراً على إيفاء التزاماته السابقة تجاه الآخرين(١).

(١) عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجـع سـابق ،ص ٢٠٩،ويشـير فيـه إلـى واكني،المسؤولية،ص٥٧،ويشير إلى قرار محكمة بروكسل،في ٢١ مايو،١٩٢٤.

ثانياً:استجابة المدين لباعث حفظ الحياة أو سلامة البدن.

لا يكون الوديع أو المستعير الذي يضطر إلى التضحية بالشيء المودع عنده أو المعار إليه،من أجل إنقاذ حياته أو حياة أي إنسان آخر مسؤولاً تجاه الدائن على أساس الخطأ بل على أساس العدالة[١].

ويحق لقبطان السفينة أن يحجم عن ركوب البحر خلال الحرب،حفظاً لحياته،ويحق للمستأجر أن يترك العقار المأجور في حالة الغزو الأجنبي للمنطقة التي يوجد فيها العقار المأجور[٢].

ثالثاً:استجابة المدين لباعث حماية مصلحة له أكثر قيمة أو أهمية من مصلحة الدائن

إذا أضطر المتعاقد إلى عدم تنفيذ العقد حفظاً لحق مالي له أعلى بكثير من حق الدائن،فإنه يعفى من الالتزام ويلزم فقط بالتعويض على أساس من مبادئ العدالة.وذلك إعمالاً للفقرة الثانية من المادة(٣٥٥) من القانون المدني الأردني التي تنص على:"٢-أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين جاز للمحكمة بناءً على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً".

و الإرهاق يتحقق هنا إذا بلغ حدا يصبح معه من الظلم إجبار المدين على الوفاء بما التزم به كاملا،أي أن الحادث الاستثنائي يسبب للمدين خسارة فادحة تبلغ حد الخسارة المألوفة و تتعداها و تتجاوز الحد العادي المألوف الذي قد يتعرض له أي مدين في تعاقده أو الإرهاق بهذا المعنى لا يقدر بمعيار شخصي (ذاتي)، و إنما يجب أن ينظر إليه من ناحية موضوعية .

---

[١] **الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص٣٧٩.

[٢]عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق ،ص٢١١٠،ويشير فيه إلى قرار المحكمة التجارية في ٢٦ مارس ١٩١٥،وقرار محكمة بروكسل في ٩ شباط ١٩١٥،وإلى قرار محكمة لييتج في ١٢ إبريل ١٩١٥.

وتطبيقاً لهذه النظرية نص القانون المدني في عقد المقاولة على:"١-إذا تم عقد المقاولة على أساس الوحدة وبمقتضى تصميم معين لقاء بدل محدد لكل وحده ثم تبين أن تنفيذ التصميم يقتضي زيادة جسيمة في النفقات جاز لصاحب العمل بعد إعلامه بمقدار الزيادة أن يتحلل من العقد مع أدائه قيمة ما أنجزه المقاول من العمل وفقاً لشروط العقد أو قبول متابعته مع التزامه بالزيادة"[١]. وهذا النص ينصرف إلى حالة ما إذا رأى رب العمل بعد وضع المقاولة موضع التنفيذ أن من الخير له العدول عنها والرجوع في العقد كأن تكون المقاولة متعلقة ببناء عمارة للاستغلال ثم تصدر قوانين تقيد الأجور فتصبح الصفقة غير رابحة،أو أن يكون رب العمل قد اعتمد على موارد يدفع منها أجر المقاولة فتتخلف هذه الموارد أو تقصر عن دفع الأجر أو في حالة إصابة رب العمل في أثناء تنفيذ المقاولة بخسارة تجعله عاجزاً عن المضي في تمويل المقاولة أو لأي سبب آخر يبدو وجيهاً في نظر رب العمل يحق له التحلل منها[٢], وهذه تطبيقات خاصة لنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني وتعليل إيجادها قاعدة الخاص يقيد العام .

ونستطيع أن نقارن بين فكرة التعسف في استعمال الحق،وفكرة جواز التحلل من الالتزام،ففي الوقت الذي لا يجوز فيه للدائن استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي تعود عليه من وراء هذا الاستعمال لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير[٣]،فإن للمدين أن يتحلل من التزامه بما في ذلك من تجاهل لحق الدائن،إذا استجدت له مصلحة ترجح على مصلحة الدائن.

ونظرية العذر في الفقه الإسلامي تعد مصدراً خصباً لتزويدنا بأمثلة لحق المدين،في التحلل من العقد،خلافاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين عند تعرض المدين لضرر مرهق وبشرط ألا يلحق الدائن ضرر جسيم،ونستطيع أن نجد قاعدة فقهية أولية تؤكد هذه النظرية وقد نص عليها قانونا المدني وهي(درء المفاسد أولى من كسب المنافع)[٤].فإذا كان تنفيذ العقد لا يتم إلا على حساب ضرر مرهق بالمدين،فإن في ذلك مفسدة يجب درئها،ذلك أولى من إحداثها بحجة المحافظة على المنفعة التي يحصل عليها الدائن من تنفيذ العقد،كل ذلك بشرط ألا يتلافى المدين ما يصيبه من إرهاق بضرر جسيم بالدائن،وإلا فأن حق الدائن في تنفيذ الالتزام في هذه الحالة

---

[١] المادة (١/٧٤٩) من **القانون المدني الأردني.**
[٢] عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء السابع،الفقرة ١٣٨،ص ٢٤٢.
[٣] المادة (٦٦) من **القانون المدني الأردني.**
[٤] المادة (٦٤) من **القانون المدني الأردني.**

هو الأولى بالرعاية،فبموجب نظرية العذر يجوز للمؤجر الذي يفسخ الإجارة وعذره في ذلك دينه وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم أطلع على عيب فيه،له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب،ونحو أن يفلس المستأجر فيقوم من السوق.ويقول إبن عابدين:"والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو حالة يثبت له حق الفسخ"[١].

وجاء في البدائع :".. وعلى هذا إذا استأجر رجلاً لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الإجارة بأن استأجر رجلاً ليقصر له ثياباً أو ليقطعها أو ليخيطها أو يهدم داراً له أو يقطع شجراً له أو ليقلع صخرة أو ليفصد،أو ليزرع أرضاً أو يحدث في ملكه شيئاً من بناء أو تجارة أو حفر ثم بدا له أن لا يفعل ذلك فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شيء من ذلك..إذاً الإنسان لا يجبر على الإضرار بنفسه.. لا يجبر على تحمل الضرر "[٢].

إن هذه الحالات الواردة في البدائع والمعتبرة من علاقات عقد الإيجار يعتبرها القانون المدني اليوم في عقد المقاولة،وقد سبق أن بينا حق رب العمل في التحلل من المقاولة،فحكم القانون المدني اليوم في هذه الأمور لا يختلف عن حكم الفقه الإسلامي كما جاء في البدائع لنفس العلة وإن أختلف المسميات.

---

[١] ابن عابدين،**حاشيته رد المحتار على الدر المختار**،الجزء الخامس،مرجع سابق،ص ٥٢.
[٢] الكاساني،**بدائع الصناع في ترتيب الشرائع**،مرجع سابق،الجزء الرابع،،ص ص ١٩٧،١٩٨.

المبحث الثاني

حسن النية وفقا للأساس الموضوعي ومدى العناية الواجبة في التنفيذ

لقد أفرد المبحث الأول من هذا الفصل (الثاني) للبحث عن واجب المدين تجاه العوائق الخارجية.فذكرنا أن على المدين أن يتحلى بقدر من اليقظة والاهتمام بأن يتوقع كل الحوادث التي تعيق التنفيذ لو تركت وشأنها في سبيل أن يعدّ العدة لتجنبها أو لدفعها أو تقليل مخاطرها،وبينا الأحوال التي يعتبر فيها مقصراً والأحوال التي لا يعتبر فيها كذلك،مع بيان المعايير والضوابط المعتمده لهذه الأحوال جميعاً،وفي هذا المبحث (الثاني) نكمل البحث في الجانب الثاني لحسن نية المدين،جانب بذله النشاط الذاتي لا للوقوف في وجه العوائق الخارجية وإنما في السعي لتحقيق الهدف المقصود من العقد.

وفي بحثنا عن هذا يحسن التمييز بين نوعين من الالتزامات،الالتزامات بتحقيق نتيجة والالتزامات ببذل عناية،والسبب في ذلك أن هو أن بين نوعي الالتزامات فارقاً كبيراً،إذ بينما الغاية واضحة محددة في الالتزامات بتحقيق نتيجة ،بحيث يمكن الحكم بعدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه من مجرد عدم تحقيق النتيجة المتفق على تحقيقها،فإنه في الالتزامات بوسيلة لا يلزم إلا بالقيام بمجموعة من الأعمال والخطوات المؤدية على الأغلب إلى تحقيق هدف معين،وأن عدم تحقق هذا الهدف لا يدل بالضرورة والحتم على تقصير المدين في تنفيذ التزامه،ذلك لأن تحقيق الهدف يتوقف على عوامل خارجية أخرى،وليس على مجرد ما يبذله المدين من سعي في هذا الصدد.

مما سبق وللإيفاء ببحث حسن النية وفقا للأساس الموضوعي وما يتطلبه من عناية واجبة في تنفيذ الالتزامات.سنتحدث في هذا المبحث عن أمرين.الأول هو بيان أن حسن نية المدين في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة إن هو إلا انتفاء الخطأ في جانب المدين،الخطأ بمفهومه الأصيل،بعنصريه المادي والمعنوي،لا بعنصره المادي وحده،ونفي فكرة المسؤولية الموضوعية في مجال هذه الالتزامات وإحلال فكرة المسؤولية الشخصية محلها الطبيعي في هذا المجال أيضاً،وبالإضافة إلى هذه المعالجة النظرية نعالج أيضاً معيار العناية الواجبة عملياً في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة أخذاً بنظر الاعتبار خصائص هذا النوع من الالتزام.أما الأمر

الثاني فهو بيان أن حسن نية المدين في الالتزامات بعناية هو في تنفيذ هذه الالتزامات بعناية الرجل المعتاد،ولكن عناية الرجل المعتاد عبارة غير محددة،فما هو مضمونها ما هي الظروف التي تعدل هذه العناية بالزيادة أو النقصان،ما هي جملة الواجبات المتفرعة عنها،وبعبارة أخرى ما هي حقيقة هذه العناية وما معايير تطبيقها في الأحوال والظروف المتغيرة.

ونتناول هذين الأمرين في مطلبين في االمطلب الأول نتكلم عن حسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة وحسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بعناية في المبحث الثاني.

المطلب الأول

حسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة

"في الالتزام بتحقيق نتيجة ،كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع،يثبت الدائن،وهو هنا المشتري،عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه،فيثبت بذلك في جانب الدائن خطأ عقدياً،لا يستطيع هذا أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري فلم يستطع لأنه ملزم بتحقيق غاية.وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية،وإلا فالخطأ ثابت في جانبه ومسؤولية العقدية متحققة ولا نقول هنا،كما يقال عادة،أن عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ العقدي وقد أثبته الدائن فليس هو بالخطأ المفروض في جانب المدين بل هو خطأ ثابت"[١].

ويذهب بالرأي أيضاً في موضع آخر للقول:"...فإذا لم يقم المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي،ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمده،أو عن إهماله أو عن فعله،بل أن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة،فإن علاقة السببية وهي ركن في المسؤولية العقدية تنعدم ولا تتحقق المسؤولية[٢].

---

[١] عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء الأول،فقرة ٤٢٩ ،ص٦٦٠.
[٢] **المرجع ذاته**،فقرة ٤٢٧ ،ص٦٥٦.

بتحليل هذه الآراء،يؤدي الأمر بنا إلى الاستنتاج بأن أساس المسؤولية في الالتزامات بتحقيق نتيجة هو(الضمان)لا(الخطأ)،ولكن الأستاذ السنهوري لا يصرح بهذا ويبدو أنه لا يقصده ضمناً،بل هو أمين على فكرة الخطأ في المسؤولية العقدية ولكنه يعطي للخطأ مفهوماً واسعاً يشمل عدم تنفيذ الالتزام،حتى لو كان السبب هو(فعل المدين المجرد عن الخطأ)أو حتى لو كان عدم التنفيذ(ناشئاً عن سبب أجنبي)وفي الحالة الأخيرة يرى أن القوة القاهرة لا تنفي الخطأ بل هي تنفي ركن الرابطة السببية وبذلك تسقط المسؤولية لانتفاء أحد أركانها.

ولهذا فنود أن نعلم هل من فرق في الطبيعة بين نوعي الالتزامات(الالتزامات بتحقيق نتيجة والالتزامات بعناية)لنرى هل من مبرر لأفراد المدين بالالتزامات بغاية بمعاملة خاصة تجعله في حكم الضامن للغاية من الالتزام؟.

ثم نتساءل هل يصح أن نضفي الخطأ على(فعل المدين المجرد عن الخطأ)وهل يصح أن نرى في عدم التنفيذ(الناشئ عن سبب أجنبي)خطأ،وبعبارة أخرى هل يقوم الخطأ مع وجود القوة القاهرة،أخذاً بالقول بأن القوة القاهرة لا تنفي الخطأ بل تنفي الرابطة السببية وحدها؟وجوابنا على هذه التساؤلات هو أن لا مكان للمسؤولية العقدية عن تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة ،بدون خطأ،الخطأ بمفهومه الأصيل،بعنصريه المعنوي والمادي ولا وجود للخطأ مع القوة القاهرة أو السبب الأجنبي،وإن بذل العناية اللازمة من المدين،سواء حقق النتيجة أو لم يحققها،يعفى المدين من كل مسؤولية،لأن بذلها دليل حاسم على حسن نيته،وإذا قررنا هذا يبقى أن نقرر ما هي درجة العناية اللازمة لتحقيق الغاية المتعاقد عليها،أهي عناية متوسطة(عناية الرجل المعتاد)أم هي عناية قصوى(عناية الرجل فوق المعتاد)؟.

وللإجابة على هذه التساؤلات نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة أفرع نتناول في الفرع الأول وحدة طبيعة الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بعناية،وفي الفرع الثاني نتناول الخطأ بمفهومه الأصيل ركن المسؤولية في الالتزام بتحقيق نتيجة وأخيراً واجب بذل العناية القصوى(عناية الرجل فوق فوق المعتاد)في تنفيذ الالتزامات بغاية في الفرع الثالث.

الفرع الأول
وحدة طبيعة الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بعناية

من الفقهاء من شكك في صحة الأساس الذي بني عليه تقسيم الالتزامات إلـى نوعيه ومنهم من رأي أن الالتزامات بغاية تقرب أن تكون التزامات بعنايـة،كما أن ديمـوج-القائـل بنظرية تقسيم الالتزامات-وكذلك محكمة النقض الفرنسية،يؤكدان على دور الهدف(الغاية)حتـى في الالتزامات بعناية[١].

وقد هدم التقنين المدني الفرنسي في المادة(١١٣٧)هذه التقسيمات جملة واحدة فقـال أن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء ،سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً،يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد،فقضى هذا النص على التقسيم في شقيه[٢].

ويخلص بعض الباحثين إلى أنه ليس صحيحاً إطلاق وصف أو تسمية الالتزام بتحقيـق نتيجة-غاية-أو ببذل عناية،على التزام المدين في عقد مـن العقود،لأنـه كمـا يقـول هـؤلاء الباحثون،تفرض على المدين بموجب العقد عدة التزامات وقد تختلف هذه الالتزامات من حيـث الطبيعة إذ قد يكون البعض منها التزامات بتحقيق نتيجة بينما البعض الآخـر التزامـات ببـذل عناية...ودعم هؤلاء الشراح والباحثين وجهة نظرهم بمثال...هو المحامي الذي يلتـزم تجـاه موكله بالترافع في الدعوى ومتابعتها فالتزامه التزام ببذل عناية،ولكنه لو خسر الدعوى لأنه لـم يطعن بالحكم خلال المدة القانونية،أو أنه تراخى في إقامة الدعوى حتى مضت المدة المسـقطة للحق،أو أنه تنازل عن حكم صادر لمصلحة موكله،أو أنه لم يقدم الطعن الاستئنافي المطلـوب بالحكم القضائي الصادر ضد موكله،ففي جميع هذه الحالات وغيرها يتحول التزام المحامي إلى التزام بتحقيق نتيجة[٣].

---

[١] عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٢٢٦.
[٢] عبدالرزاق السنهوري،**الوجيز في شرح القانون المدني**،مرجع سابق،فقرة٢٨١،الهامش الأول،ص٢٥٦.
[٣] ياسين الجبوري،**المبسوط في شرح القانون المدني**،مرجع سابق،الجزء الأول،المجلد الأول،القسم الثالث،فقرة٢٩٥،ص٣٢٠،ويشير فيه إلى علي العبيدي،**شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية**،رسالة

من كل ما عرفناه نرى أن الالتزام بتحقيق نتيجة لا يمنع من أن يتضمن التزاماً بعناية،أو يتساوى المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة والمدين في الالتزام بعناية في تعرض كليهما إلى ظروف غير متوقعة تجعل من تنفيذ التزامهما أمراً احتمالياً،وبالتالي نخلص إلى أن طبيعة كلا نوعي الالتزامين واحدة،وإن هذا التطبيق لا يعني في الواقع أكثر من تدرج العنايات،وإن القاعدة التي تخضع لها هذه العنايات هي القدرة الإنسانية وأنه لا التزام بمستحيل،وإن المسؤولية لا تقوم إلا عن الخطأ بعنصريه المعنوي والمادي في جميع الالتزامات.

ماجستير،جامعة بغداد،كلية القانون،١٩٩٠،ص١٤،ويشير إلى محمد علي عمران،الالتزام بضمان السلامة،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٨٠،ص١٨٣.

الفرع الثاني

الخطأ بمفهومه الأصيل ركن المسؤولية في الالتزام بتحقيق نتيجة

نص القانون المدني الأردني على ما يلي:".. إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتــزام مستحيلا،انقضى معه الالتزام المقابل له.."(١)،وينصرف هذا الحكم إلــى الالتزامــات بصــورة عامة،ولكن نص آخر في القانون جاء بما يلي:"١-إذا كان المطلوب من المدين هــو المحافظــة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود.."(٢).

وهذا النص يصرح بأن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كــل ما يبذله الشخص المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود،فهناك إذن حالتان من الالتزام،حالة لا يعفى فيها المدين إلا إذا أثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيها،وحالة ثانية يعفى فيها المدين إذا بذل في تنفيذ الالتزام عناية الرجل المعتاد حتى لو لم يتحقق الغــرض المقصود.ولما كان الحكم الأخير يسري على الالتزامات بعناية كما هو ظاهر من سياق الــنص فإن النص الأول ينصرف إلى الالتزامات بتحقيق نتيجة.

إذن لقد حددنا القاعدة التي تخضع لها الالتزامات بتحقيق نتيجة ،ولكــي نــدرك موقــع (الخطأ) في نطاق هذه القاعدة الذي بمفهومه الأصيل هو أساس المسؤولية العقدية في الالتزامات بتحقيق نتيجة كما في الالتزامات بعنايــة،وإن دور حســن النيــة واحــد فــي كــلا نــوعي الالتزامات،وإثبات أن حسن النية شرط واجب للإعفاء في جميع الالتزامات ولا يجوز إخضــاع الالتزامات بتحقيق نتيجة إلى قواعد المسؤولية الموضوعية لما في ذلك من إخلال بقاعدة حسن النية في التنفيذ،هذه القاعدة العامة الواجبة الاحترام في ممارسة كل الحقوق والالتزامات ولدراسة هذه المواضيع نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة أقسام،ندرس في القسم الأول خاصية التزامات الضمان وفي القسم الثاني عدم استقلال الرابطة السببية عن الخطأ وقواعد الإثبات والمسؤولية مــن دون خطأ في القسم الثالث.

---

(١)المادة (٢٤٧) من **القانون المدني الأردني.**
(٢) المادة (١/٣٥٨) من **القانون المدني الأردني.**

أولا :خاصية التزامات الضمان

نقصد بالتزامات الضمان(الالتزام بمنع التعرض وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية) في كل العقود بأن مسؤولية الضامن التي تقتضي تسليم الأشياء،ففي هذه الالتزامات لا مناص من الاعتراف بأن مسؤولية الضامن تقوم في كل الأحوال،إذا لم يف بما ضمنه،وسواءً كان يعلم مقدماً بالأسباب التي تدعو إلى حصول التعرض أو الاستحقاق الكلي أو الجزئي،أو كان يعلم بالعيوب الخفية في الشيء محل التعاقد أو كان في استطاعته أن يعلم لو بذل جهداً معقولاً أو لم يكن يعلم ولم يكن في مقدوره أن يعلم،فالضمان في هذه الالتزامات يقوم بغض النظر عن خطأ المدين،فهل يعني أننا أمام مسؤولية موضوعية؟الجواب بالطبع لا.

إن المسألة تتعلق بمنطق ونظام وحياة العقد،فأركان العقد هي التراضي والمحل والسبب،فإذا سقط ركن منها انتفى العقد،ولقد رأى جانب من الفقه أن هناك تلازماً ما بين ركن السبب في العقد والتزامات الضمان والسبب في العقود هو الغاية التي يتوخاها الطرفان عند التعاقد،وهذه الغاية لا تختلف في كل العقود التي هي من نوع واحد أو هذا هو السبب الموضوعي والذي يتلازم مع التزامات الضمان بحيث أن تخلف السبب في العقد يبرر قيام التزامات الضمان[١].

فإذا استحق المبيع في يد المشتري أو ظهرت فيه عيوب خفية عطلته عن الاستعمال المفيد،فإن سبب العقد يكون قد تلاشى مما يؤدي إلى تلاشي وسقوط الغرض المقابل للمبيع للمبيع،إن السبب ليس ضرورياً فقط أثناء تكوين العقد بل يجب استمرار وجوده أثناء تنفيذ العقد[٢].أما إذا قبل المشتري الشيء المبيع على أية حال ظهر بها فيما بعد فلا يكون العقد محدداً

---

[١] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٢٣٨،ويشير فيه إلى برنارد كروس،فقرة ٧،ص ٧٦،ويشير إلى بيدان،الجزء الحادي عشر،فقرة ١٨٥،وكولان وكابيتان وجوليودي لامو داند برج،الجزء الثاني،كابيتان،السبب في الالتزامات،الطبعة الثالثة،فقرة ٥٣،ص ٣٣١،اسمان،المقارنة بين أساس المسؤولتين العقدية والتقصيرية،"المجلة الفصلية"، لعام ١٩٣٣،ص ٦٢٧.

[٢] المادة(٤٨٨) من **القانون المدني الأردني**،التي تنص على:"يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق آخر.." والتي تعني أن التزام البائع بالضمان ينشأ بمجرد انعقاد البيع،لكن حق المشتري بالضمان لا ينشأ إلا عند حصول التعرض فعلا ،أنظر ذلك علي العبيدي ،**العقود المسماة**،مرجع سابق،ص ١٠٧.

من حيث البدلين المتقابلين بل عقداً احتمالياً يعلم الدائن مقدماً بأنه يتحمل خطر ظهـور المبيع مستحقاً أو معيبه،والأمر يتوقف بالنسبة له على الخطر والصدفة،فإذا خاب أمله فليس له أن يقاضي المتعاقد بشيء لأن سبب التزامه ليس هو الشيء المبيع بل الصدفة التي قبل الرجوع لها،ولما كانت العروض المتقابلة في عقود المعاوضة هي الأسباب الموضوعية فإن مما يؤيد نظرية تلازم الأسباب والتزامات الضمان هو أن مثل هذه الالتزامات لا تقوم في العقود التي تنطوي على أسباب موضوعية أي على عرض مقابلة،فهي لا تقوم في عقود التبرع.

وليست التزامات الضمان هي الالتزامات الوحيدة التي يقوم الجزاء عليها في حالة القوة القاهرة،بأن للمتعاقد أن يتحمل تبعة القوة القاهرة بالنسبة إلى أي التزام آخر[1].وفي هذه الحالة فإن مسؤوليته رغم انتفاء الخطأ في جانبه ولم يتدخل القانون في فرض هذه المسؤولية الموضوعية،وهنا نجد أثراً من آثار سلطان الإرادة في نظام العقد ينفذ إلى صميم المسؤولية العقدية فيعدل قواعدها،بحيث يكفي للمسؤولية أن تقوم على مجرد عدم التنفيذ دون اشتراط الخطأ.

---

[1] المادة(٢٦١) من **القانون المدني الأردني** ويقابلها المادة(١/٢٥٩) من **القانون المدني العراقي**.

ثانيا:عدم استقلال الرابطة السببية عن الخطأ

سبق وأن ذكرنا أن الأستاذ السنهوري يرى أن الخطأ العقدي يتحقق في الالتزامات بتحقيق نتيجة في جميع الأحوال بمجرد عدم التنفيذ وحتى لو كان عدم التنفيذ ناشئاً عن سبب أجنبي،ذلك لان السبب الأجنبي لا ينفي إلا ركن السببية،فهل يوجد الخطأ مع وجود القوة القاهرة،وهل القوة القاهرة لا تنفي إلا الرابطة السببية ؟ وبتعبير آخر هل للرابطة السببية وجود مستقل عن الخطأ بحيث يسمح بافتراض انتفاء المسؤولية بسبب انتفاء الرابطة السببية بين الخطأ والضرر؟.

الخطأ هو الشرط الأساسي للمسؤولية،والترافع في الدعوى المدنية لا يهدف إلى كشف الضرر المادي بقدر ما يهدف إلى اختبار سلوك المدين لمعرفة ما إذا كان هذا السلوك الذي قام به (المدين) هو الذي تسبب في وقوع الضرر أم لا ،وأن القوة القاهرة هي التي سببته،والقضاء ينظر في العلاقة الإنسانية باعتبار هذه المسائل تخضع لتقدير المحكمة باعتبارها مسائل موضوعية[١]،والقانون قد نظم هذه العلاقات وهل هناك وجود للظواهر المادية في العلاقات الإنسانية دون عقول وأفكار وإرادات ونشاطات تنبعث عن النفس الإنسانية،فالقضاء إذن يهدف إلى كشف (الخطأ) في جانب المدين ولكن أي خطأ ؟ هناك خطأ أخلاقي وخطأ قانوني،والخطأ القانوني ما هو في أصله إلا خطأ أخلاقي،يرفعه المشرع بالنظر لإثره أو لجسامته عن دائرة الأخلاقية إلى دائرة المسؤولية القانونية،فهل يبحث القضاء عن أي خطأ كان أم عن الخطأ القانوني وحده ؟والواقع أن مما يجب أن يتبادر إلى الذهن من كلمة (الخطأ) هو الخطأ المسبب للضرر ،وألا لما كان خطأ قانونياً وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية،بل كان خطأ أخلاقياً لا يعني القانون بشيء[٢].

---

[١] قرار تمييز حقوق رقم ٩٨/٦٥٣ لسنة ١٩٩٨،**مجلة نقابة المحامين** ،ص٣٦٥٢.
[٢] عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص ٢٤٢.

وقد نفى الأستاذ سعد واصف أن تكون الرابطة السببية ركناً مستقلاً من أركان المسؤولية بقوله:"الرأي عندنا أن اعتبار رابطة السببية ركناً مستقل من أركان المسؤولية هو نوع تحليل وتفصيل وكان يمكن عدم اعتبارها ركناً مستقلاً باعتبار أن السببية يمكن إدماجها في الخطأ باعتبارها وصفاً والوصف يتبع الموصوف وجوداً وعدماً.."[١].

يمكن القول بقيام المسؤولية مع وجود القوة القاهرة،ولا يجوز القول بقيام القوة القاهرة المعفية للمدين إعفاءً كلياً مع وجود الخطأ (لأن القوة القاهرة لا تعدّ في هذه الحالة سبباً أجنبياً،إذ أن للمدين يداً في تعرضه لها)[٢].فهناك مجال لاشتراك خطأ المدين مع القوة القاهرة في إحداث الضرر،وهنا يسأل المدين مسؤولية جزئية عن الضرر وبقدر خطأه الذي ساهم في إحداث الضرر ذلك أن القوة القاهرة قد تتعاصر مع الخطأ أو تتبعه،فلا يعفى المدين إعفاءً كلياً،وهذا هو نفس الحال فيما لو ساهم خطأ المدين مع خطأ الدائن في تسبب الضرر للدائن،فإن المسؤولية توزع بين الطرفين،ولكن إعفاء المدين مع ثبوت خطأه أو تصوير عدم تنفيذ الالتزام على أنه خطأ بدعوى أن القوة القاهرة تنفي الرابطة السببية وحدها لا الخطأ من أساسه فهي دعوى لا تستقيم مع الاختيار الدقيق لدافع وماهية المسؤولية المدنية.

وأخيراً ولعل القول الفصل أن إثبات السبب الأجنبي لا يدع مجالاً للقول بوجود الخطأ هو ما أورده الأسيوطي عن الالتزام بالنقل،وهو التزام بتحقيق نتيجة ،إذ قال: " رأينا أن للناقل دفع المسؤولية إما بإثبات السبب الأجنبي (في بعض الأنظمة)،وإما بإقامة الدليل على انتفاء الخطأ،(في أنظمة أخرى،لأن إثبات انتفاء الخطأ لا يتأتى إلا عن طريق إثبات أن سبب الحادث بالذات أجنبي عن المدين .."[٣].

---

[١] سعد واصف،التأمين من المسؤولية،دراسة في عقد النقل البر،رسالة دكتوراه،القاهرة،١٩٥٨،ص٩٩،وقد أشار إليها عبد الجبار ناجي،**مرجع سابق**،ص ٢٤٣.
[٢] المادة (٢٦٤) من القانون المدني الأردني.
[٣] ثروت الأسيوطي،**مسؤولية الناقل الجوي**،مرجع سابق،فقرة ٣٣٤،ص ٤٦٦.

ثالثا :قواعد الإثبات والمسؤولية من دون خطأ

لقد رأينا بأن السبب الأجنبي ينفي العلاقة السببية ،ولكن المدين في الالتزام بغاية إما أن لا يستطيع إثبات السبب الأجنبي فلا يستطيع نفي الخطأ عن نفسه،وأما أن يعجز عن إثبات السبب الأجنبي بالنظر لعدم كفاية عناصره وبهذه الحالة يسأل لثبوت الخطأ في جانبه،وأما أن يعجز عن إثبات السبب الأجنبي لا لعدم قيامه في الحقيقة بل لفقدان الأدلة على إثباته،ويلحق بهذه الحالة حالة بقاء سبب الضرر مجهولا،وهنا يسأل المدين رغم أنه لم يرتكب في واقع الأمر خطأ.فهل يكفي تحميل المدين بالمسؤولية بسبب قصور وسائل إثباته للسبب الأجنبي وعدم ثبوت الخطأ ثبوتاً يقينياً في جانبه،للقول بمبدأ عام من أن الالتزامات بتحقيق نتيجة مسؤولية موضوعية مناطها الضرر الحاصل للدائن وليست مسؤولية قائمة على الخطأ بعناصره الأصلية.

فلو رجعنا إلى الأصل التاريخي للمسألة،لوجدنا في الحقيقة،أن الباعث على تطلب إثبات القوة القاهرة من المدين لم يكن مجال مجرد إعادة التوازن بين الذمم المالية،كما هي الغاية في المسؤولية الموضوعية،وإنما حماية الدائن حماية خاصة ضد الأخطار التي يرتكبها المدين بتعزيز المسؤولية[١].

ومعنى ذلك إمكان دفع المدين للمسؤولية كلما استطاع أن يثبت بصورة جازمة وأكيدة انتفاء الخطأ في جانبه وبعبارة أخرى إثبات حسن نيته.

ويذهب رأي للقول أن الباعث على تحميل المدين عبء إثبات السبب الأجنبي لم يكن إذن خلف مسؤولية مبنية على ضمان أو مسؤولية موضوعية بحال من الأحوال،بل حماية الدائن تغليباً لاعتبارات العدالة وحملاً للمدين على بذل أقصى عناية ممكنة[٢]؟

---

(١)عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٢٤٧.

[٢] تنص المادة(٢/٢٣٦)من **قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني** رقم٩لسنة١٩٦١ ،بصيغته المعدلة بموجب القانون رقم ١٦لسنة٢٠٠١،على أنه:"٢-تقضي المحكمة بالتجريم عند ثبوت الفعل وبالتبرئة عند انتفاء الأدلة أو عدم كفايتها...".

من كل ما عرضناه نرى أن تطلب القانون من المدين إثبات السبب الأجنبي لم يكن إلا ضرباً من الحزم في قطع دابر الخطأ وضرباً من العدالة لأن المدين أدرى بالذي منعه من تنفيذ التزامه،ولكن ما القول عن المدين الذي لن يستطيع إثبات السبب الأجنبي رغم حصول هذا السبب لأنه عجز عن معرفته أو لم يستطيع العثور على ما يثبته ويكون عرضة لتحمل المسؤولية شأنه شأن المدين الذي أخطأ فعلا؟.

إن هذه الحالة وإن كانت نادرة وهي لا تعني أن القانون قصد ترتيب المسؤولية على المدين دون خطأ حقيقي،فالقضية لا تتعدى متطلبات الإثبات،هذه المتطلبات التي قد تجعل الإعفاء من نصيب المدين المخطئ أيضاً إذا عجز الدائن في الالتزامات بعناية من إثبات خطأ المدين،وكما لا يجوز القول بأن القانون يعفي المجرمين لأن افلتوا من العقاب لعدم ثبوت الأدلة ضدهم.

الفرع الثالث

واجب بذل العناية القصوى عناية الرجل فوق المعتاد في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة

إن عناية المدين هي حجر الأساس في تنفيذ التزامه،وهي تعني الإرادة الحسنة والجهد الذي توصي ببذله فإذا كان الالتزام محدداً بدقة،أي كان التزاماً بنتيجة واضحة،فإن هذه النتيجة يجب أن تتحقق،ولكن هل يجب عمل المستحيل؟كلا من غير الواجب عمل المستحيل،لكن إبداء درجة كافية من العناية تضمن تحقيق النتيجة،وهي أقصى عناية ممكنة،أي تلك العناية التي تفوق عناية الرجل المعتاد،تلك الدرجة من العناية التي لن تحول دون إبدائها أو استمرارها إلا القوة القاهرة وبعبارة أخرى تلك العناية القصوى التي لا يفترض فيها إلا أقصى جهد إنساني ممكن،فليس المفروض في المدين أن يصنع المعجزات.

وقد نص القانون المدني الأردني على مثل هذه العناية التي يكون بدرجة مختلفة[١]حيث نص على:(على الوكيل أن يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة إذا كانت بلا أجر)[٢]وكذلك نص على:(على المستعير أن يعتني بحفظ العين المستعارة أو صيانتها عناية الشخص العادي بماله)[٣].

ولو أخذنا الناقل كمثل على المدين بالتزام بغاية،فإن القوانين الاردنية والعراقيةوالمصرية والفرنسية ،لا تصرح بمدى العناية المطلوبة منه،أنه مدين بتحقيق النتيجة إلا إذا أثبت السبب الأجنبي،ولكن دول الـ(Common Law)تصرح بمدى العناية تصريحاً،إذ يقول الأسيوطي:"في علاقة الناقل بركابه يجب على الناقل أن يبذل قسطاً أكبر من العناية كما يتطلبه النظام القانوني من الفرد العادي،ويلزم الـ(Common Carrier)وفقاً للقواعد العامة ببذل أقصى درجة من العناية للمحافظة على سلامة الراكب..."[٤]و(بذل أقصى درجة من العناية للمحافظة على سلامة الراكب لا يعني وجوب اتخاذ الوسائل الكفيلة بإزالة جميع المخاطر عن النقل الجوي لأن النظام القانوني

---

[١] ياسين الجبوري،**المبسوط**،الجزء الأول،المجلد الأول،مرجع سابق،فقرة٢٨٩،ص٣١٦.
[٢] المادة(١/٨٤١)من **القانون المدني الأردني**.
[٣] المادة(١/٧٧٠)من **القانون المدني الأردني**.
[٤] ثروت الأسيوطي،**مسؤولية الناقل الجوي**،مرجع سابق،فقرة١٠٣،ص١٤٢.

لا يلزم الأفراد بما هو مستحيل بل فقط بما يعتبر عقداً وتبعاً للظروف في نطاق الممكن...)[١]و(...الخلاصة على الناقل أن يبذل في تسيير مؤسسته ما يبذله الناقل الجوي الحريص)[٢].

هذا المدى من العناية(العناية القصوى-عناية الرجل فوق المعتاد)الذي يجب أن يبذله كل مدين بالتزام بتحقيق نتيجة ،هو الموقف الوسط بين ما يذهب إليه الأستاذ السنهوري،الذي يقول أن المدين يسأل(حتى عن فعله المجرد غير الخطأ)وبين ما يذهب إليه الأستاذ مازو من أن تنفيذ الالتزام بغاية يجب أن يتم(بعناية الرجل المعتاد)[٣].

ويشرح الأستاذ السنهوري رأيه بقوله:"...أن الخطأ العقدي في هذه الطائفة من الالتزامات-الالتزامات بغاية-ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي،كان هناك خطأ عقدي في جانبه،أياً كانت درجة تقصيره،بل قد لا يكون هناك أي تقصير في جانبه،فقد يكون متعمداً إلا ينفذ التزامه،وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيماً،وقد يكون مقصراً تقصيراً تافهاً..."[٤].

نحن نتفق مع الأستاذ السنهوري في أن المدين بالتزام بتحقيق نتيجة يكون مسؤولاً عن أي تقصير من جانبه سواء كان تقصيراً متعمداً،أو غير متعمد جسيماً أو يسيراً أو تافهاً(خطأ مفترض)،ولكننا لا نتفق معه في أن المدين يعد مخطئاً حتى لو لم يكن مقصراً ،كما أننا لا نتفق مع ما أورده عبد الجبار ناجي في رسالته الذي نقله عن الأستاذ مازو في أن العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد،ذلك أن المدين عندما يلتزم بتحقيق أمر معين.فإن السلوك المتبصر الذي يجب أن يتحلى به كل فرد يفرض عليه الالتزام بتحقيق ذلك الأمر إذا لم يكن واثقاً من مقدرته على القيام به،إن الثقة التي يجب أن تسود العلاقات بين الأفراد،تجعل الطرف الآخر ينتظر تنفيذ المدين لما وعد بتحقيقه،بغض النظر عن الصعوبات التي تواجهه،لأن هذه الصعوبات هي من شؤونه الخاصة،وقد قدر أن في إمكانه رغم هذه الصعوبات وحتى إذا تطلب الأمر جهداً فوق الجهد المعتاد أن يحقق ما وعد به.

---

(١) ثروت الاسيوطي،**مسؤولية الناقل الجوي** ،فقرة ١٢٤،ص١٦٩.
(٢) المرجع ذاته،ص ١٧٢.
(٣) عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٢٥٨،ويشير إلى مازو(الأخوان)وتونك, المسؤولية،الجزء الأول،الفقرة٦٦٩،ص٧٤٣.
(٤) عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،فقرة٤٣٠ ،ص٦٦٣.

فيمكن القول بأن هناك إرادة ضمنية مشتركة توجب تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة ،مهما تطلب هذا التنفيذ من جهد في نطاق الجهد الإنساني الممكن،بينما الحال يختلف في الالتزامات ببذل عناية ذلك أن الظروف التي تحيط تنفيذ هذه الالتزامات والمعلومة من الطرفين تجعل في الإمكان القول بأن الإرادة المشتركة الضمنية اتجهت إلى تحديد العناية المطلوبة من المدين بعناية الرجل المعتاد ولأن تنفيذ هذا النوع من الالتزامات يخضع لصريح الحكم القانوني الذي يتطلب أن يتم تنفيذه بعناية الرجل المعتاد[١].

كما أن القول بوجوب بذل العناية القصوى لا ينصرف إلى جميع الالتزامات بتحقيق نتيجة:-فيجب ملاحظة ما إذا كان الالتزام بعوض أم مجاناً،كما يجب ملاحظة ما إذا كان الطرفان قد اتفقا صراحة أو ضمناً على النزول عن العناية القصوى فإذا كان العقد من عقود التبرع،أو إذا توفرت الإرادة المشتركة على النزول عن العناية القصوى كما في حالة اشتراط المدين إعفاءه من المسؤولية[٢]،فإن بذل المدين لعناية الرجل المعتاد يكفي لاعفاءه من المسؤولية.

ومن مظاهر التخفيف من عناية المدين في حالة التبرع،ما شرع في عقد الإعارة(العارية)من أن المعير لا يضمن العيوب الخفية في الشيء المعار والتي يجهلها،إلا إذا كانت بعوض حسب نص القانون المدني الأردني على:(١-إذا استحقت العارية في يد المستعير فلا ضمان على المعير.إلا إذا اتفق على غير ذلك أو إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق،٢-ولا يضمن أيضاً العيوب الخفية إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمن سلامة الشيء من العيب،٣-المعير يكون مسؤولاً عن كل ضرر يلحق بالمستعير من جراء هذا الاستحقاق)[٣]وقد فعل المشرع الأردني نفس الشيء في عقد الهبة إذ نص:(لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب في يد الموهوب له...ولكنه يكون مسؤولاً عن كل ضرر يلحق بالموهوب له من جراء هذا الاستحقاق إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق)[٤]ويرى المشرع الأردني أيضاً أن عقد العارية لا يتم إلا بالقبض[٥].

---

[١] المادة(١/٣٥٨)من **القانون المدني الأردني**.
[٢] المواد(١/٣٥٨)و(٤/٥١٤)من **القانون المدني الأردني**.
[٣] المادة(٧٦٨)من **القانون المدني الأردني**،وتقابلها المادة(٨٥٠)من **القانون المدني العراقي**.
[٤] المادة(٥٦٨)من **القانون المدني الأردني**،وبنفس المعنى المادة(٦١٦)من **القانون المدني العراقي**.
[٥] المادة(٧٦١)من **القانون المدني الأردني**،ويقابلها المادة(٨٤٧)من **القانون المدني العراقي**.

إن القول بأن الالتزامات بتحقيق نتيجة يجب أن تنفذ بعناية قصوى،يعني بأن المدين وحسب مفهوم نظرية تدرج الخطأ الفرنسية،يجب أن يبذل عناية الرجل الحريص[١](وهو الذي يسأل حتى عن الخطأ التافه بخلاف الرجل المعتاد الذي لا يسأل إلا عن الخطأ اليسير)،ولكن واجبات الرجل الحريص لا تختلف في شيء عن واجبات الرجل المعتاد التي سنتناولها في المطلب الثاني من هذا المبحث،ولكن الفارق يتجلى في أن القضاء أكثر ميلاً لقبول الخطأ في جانب المدين الذي يطلب منه عناية الرجل الحريص مما هو عليه بالنسبة إلى المدين الذي يطلب منه عناية الرجل المعتاد،وهذا ما يعبر عنه بالقول بأن(دائرة خطأ الرجل الحريص أوسع من دائرة الرجل المعتاد)[٢].

ويرى الأستاذ السنهوري:"أن البائع إذا بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المبيع يكون قد وفى بالتزامه".إن هذا القول يتعارض مع ما يراه الأستاذ السنهوري بشأن مسؤولية المدين بغاية إذ يرى،وكما بينا:"إن هذا المدين يسأل حتى عن خطئه التافه"،ولكنه يضيف بأن المبيع إذا هلك رغم بذل البائع لعناية الرجل المعتاد في المحافظة عليه فإن البائع في هذه الحالة يتحمل تبعة الهلاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم.

إن مسألة تحمل البائع لتبعة الهلاك أو التلف قبل التسليم أمر مفروغ منه سواء بذل عناية الرجل المعتاد أو عناية الرجل الحريص في حفظ المبيع،ذلك أن تحمل البائع لهذه التبعة يجد سنده في القانون المصري فيما نص عليه من أنه:(في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له...)[٣]وهذا يعني أن البائع لا يستحق الثمن لأن التزامه بالتسليم قد انتفى بسبب استحالة تنفيذه،أي أن البائع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك،ويجد سنده في القانون المدني الأردني فيما نص عليه:(إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع وإذا هلك قبل التسليم بسبب لا يد للمشتري فيه يكون مضموناً على البائع)[٤].ولكن الأمر يحتاج إلى بيان هو ما إذا كان الدائن يستحق تعويضاً عن الأضرار التي

---

[١] عبدالرزاق السنهوري، **الوسيط**،مرجع سابق،فقرة٢٨١،ص٢٥٥،وتقصد بالرجل الحريص الرجل الشديد الحرص بالمقابل مع الرجل المعتاد والذي يقال عنه عادة الرجل المتوسط الحرص.

[٢] عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٢٦٣.

[٣] المادة(١٤٩)من **القانون المدني المصري**.

[٤] المادة(٤٧٢)من **القانون المدني الأردني**،ويقابلها المادة(١٧٩)من **القانون المدني العراقي**.

تلحقه من جراء عدم استطاعة المدين تنفيذ التزامه بسبب تلف الشيء إذا كان التلف ناجماً عن بذله عناية الرجل المعتاد،بينما لم يكن الشيء ليتلف لو كان المدين قد بذل عناية الرجل الحريص،نحن نرى أن خطأ المدين ثابت في هذه الحالة ويستحق منه الدائن تعويضاً عما لحقه من الأضرار،أما رأي الأستاذ السنهوري فالظاهر أنه لا يؤدي إلى هذه النتيجة.

المطلب الثاني

حسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بعناية

عرض القانون المدني الأردني للالتزامات بعناية بنصه الآتي:(١-إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكـــون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود.هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك)[١].

ومن هذا النص يمكن أن نستنتج بأن صور الالتزامات بعمل هي ثلاث:-

١-عندما يلتزم المدين بالمحافظة على شيء كالتزام المستأجر أو المودع عنده.

٢-عندما يلتزم المدين بتقديم خدمة كالوكيل والعامل والخادم.

٣-عندما يكون الغرض من العقد غير مؤكد الحصول عليه بسبب ما فيه مـــن احتمـــال كالتزام الطبيب والمحامي[٢].

من المألوف القول بأن الالتزامات بعناية يجب أن تنفذ بعناية الرجل المعتاد ولكـــن مـــا مدى صحة هذا الإطلاق؟.

إن إمكان النظر في نص المادة(٣٥٨)ثم الرجوع إلى العقود التي نظمها القانون والتـــي يؤدي فيها المدين التزامه مجاناً،يكشفان لنا عناية الرجل المعتاد وليست هي القاعدة المطلقة في تنفيذ الالتزامات بعناية،فقد يقتضي القانون أولاً وقد تقتضي إرادة المتعاقدين ثانياً،عناية أشـــد أو أخف من عناية الرجل المعتاد.

فلا مناص إذن من الاعتراف بتدرج العنايات.والقول بتدرج العنايات يجر إلـــى القـــول بتدرج الأخطاء،ونظرية تدرج العنايات والأخطاء كانت نظرية ســـائدة فـــي الفقـــه الفرنســـي

---

[١] المادة(١/٣٥٨)من **القانون المدني الأردني**،وتقابلها المادة(٢٥١)من **القانون المدني العراقي** والمادة(٢١٢)من **القانون المدني السوري** والمادة(٢١١)من **القانون المدني المصري**.

[٢] أحمد حشمت أبو ستيت،**نظرية الالتزام في القانون المدني المصري**،مطبعة مصر ،القاهرة،١٩٤٥،فقرة٣٥٥،ص٣٢٧.

القديم،ولكن واضعوا القانون الفرنسي أشاروا إلى الآخرين بأنهم نبذوا هذه النظرية فما هو الموقف الحالي بالنسبة إلى تطبيق هذه النظرية وما هي مرتكزاتها الاجتماعية؟.

إن نظرية تدرج الأخطاء لا يمكن الاستغناء عنها طالما تنوعت العنايات المطلوبة،وطالما كانت العدالة والأخلاق،تختلف في عناية المدين بحسب ما إذا كان متبرعاً أو معاوضاً أو متفضلاً عليه.ولقد اقترنت نظرية تدرج الأخطاء بموقف المدين،فالمدين المتبرع يسأل عن الخطأ التافه وحده،والمدين المعاوض يسأل عن الخطأ اليسير بالإضافة إلى الخطأ التافه،والمدين المتفضل عليه فلا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم،فبموجب موقف المدين كان يكفي للبائع وهو معاوض أن يبدي عناية الرجل المعتاد[١].ولكننا نرى أن الفكرة الحديثة في تقسيم الالتزامات بتحقيق نتيجة (التزامات محددة)وإلى التزامات بعناية(التزامات بوسيلة)،هي التي يجب أن تقترن في ظل القوانين الحديثة بنظرية تدرج الخطأ فالالتزامات بتحقيق نتيجة يجب أن تنفذ دائماً بعناية الرجل الحريص أي بعناية قصوى،ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني بين المتعاقدين وما لم ينص القانون بخلاف ذلك،فالبائع في هذه الحالة وهو مدين بتنفيذ التزام بتحقيق نتيجة يجب أن يؤدي التزامه بعناية قصوى لا بالعناية المعتادة التي كان يكتفي بها في القانون الفرنسي القديم وعناية المدين بغاية سواء كانت عناية قصوى أو دونها تنصرف إلى الالتزامات الثانوية لا إلى الالتزام الرئيسي المجرد،لذا فإن خير موضوع لدراسة تنويع العنايات هي الالتزامات بعناية إذ العناية ذاتها هي الهدف والأساس دائماً وهنا ينظر إلى موقف المدين هل هو متبرع أو معاوض أو متفضل عليه ليكون عليه بذل عناية خفيفة أو وسطى أو بالغة،ولا يغير من ذلك شيء إلا سلطات إرادة المتعاقدين باتفاقهما على تعديل هذه الحدود الأصلية بحدود أخرى تبعاً لمشيئتهما.

فالالتزامات بعمل(ولأن نوعية العمل يمكن أن تتفاوت)ترتبط بنظرية تدرج الأخطاء ارتباطاً وثيقاً تحتمه الأخلاق والعدالة وسوف ندرس هذه النظرية بآثارها الحالية في القانون،وأساسها الاجتماعي وما تؤدي إليه من نسبية فكرة الخطأ.

ثم ننتقل لبحث عناية الرجل المعتاد بالذات،لنكشف أن فكرة الرجل المعتاد هي فكرة أخلاقية،لأن الرجل المعتاد هو ذلك الرجل الملتزم بالأخلاق والأعراف والعادات السائدة

---

[١] عبدالرزاق السنهوري،**الوجيز في شرح القانون المدني**،مرجع سابق،فقرة٢٨١،ص٣٥٥-٢٥٦.

ولنكشف أن هذه العناية تتفاوت تبعاً لتغير الظروف المحيطة بالرجل المعتاد التي قد تضطره إلى بذل مزيد من العناية أو تسمح له بالنزول عن العناية المعتادة،وأخيراً لا بد من بيان عناصر هذه العناية وبعبارة أخرى بيان الواجبات العامة الملقاة على عاتقه في تنفيذ التزامه،هـذه الواجبـات التي هي في واقع الأمر ليست سوى الجانب التطبيقي للمبادئ الأخلاقية التي يؤمن بها الرجـل المعتاد ولهذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول تدرج العنايات وتدرج الأخطاء وفي الفرع الثاني مفهوم عناية الرجل المعتاد.

الفرع الأول

تدرج العنايات وتدرج الأخطاء

لقد وجدت نظرية تدرج العنايات وتدرج الأخطاء في فرنسا قبل تقنين نابليون وقد أوحى هذا التقنين بأنه تخلى عن هذه النظرية،فهل تخلى عنها تماماً؟.

النظرة الفاحصة فيها تجيبنا بالنفي.فإذا انتقلنا إلى القانون المدني المصري فإننـا نـرى جذور هذه النظرية فيما كتب الأستاذ السنهوري عن شرح أسباب تفاوت العنايـات فيمـا جـاء بالأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري والذي سوف نتعرض له فيما بعد.

وإذا كان القانون الفرنسي رغم ما تظاهر به من هجر هذه النظرية لـم يهجرهـا فـي الحقيقة هجراً كلياً وكذلك لم تفعل القوانين الحديثة،وإن كانت قد قصرت تطبيقها على الالتزامات بعناية،فما هو السر الذي مكنها(النظرية)من الثبات والاستمرار؟الجواب يكمن في أن هذه النظرية هي من صنع الأخلاق.فالأخلاق تقتضي تنويع العنايات تبعاً لما إذا كان المدين بـالتزام بعنايـة متبرعاً في تنفيذ التزامه أو معاوضاً أو متفضلاً عليه.فما وقع هذه الحقيقة على نظام المسؤولية العقدية؟الجواب هو أن وقع هذه الحقيقة يتجلى في فكرة نسبية الخطأ،فالفعل الواحد يكـون أو لا يكون خطأ تبعاً لمقدار العناية المطلوبة من المدين،وهذا يتيح إلى حد بعيد تفهم حقيقة فكرة الخطأ وإمكان قياسه بمؤشرات العناية المطلوبة.وهذا بدوره الجواب على السؤال المهم الذي نعني بـه في رسالتنا وهو متى يعد المدين حسن النية ومتى لا يعد؟.

وسوف نتناول هذه الأفكار العامة بالتحليل والتفصيل في أقسام ثلاثة نتناول في القسم الأول أثر النظرية القديمة في تدرج الأخطاء في القوانين الحديثة وفي القسم الثاني تدرج العنايات ضرورة أخلاقية لا مجال للاستغناء عنها،والخطأ فكرة نسبية في القسم الثالث.

أولا: أثر النظرية القديمة في تدرج الأخطاء في القوانين الحديثة

نتناول أثر هذه النظرية في القانون الفرنسي الحالي لنوضح بأن الرأي المدقق يظهر تأثر القانون الفرنسي بنظرية تدرج الأخطاء تأثراً قوياً،كما نتناول تأثر القانون المصري بهذه النظرية باستنتاجنا هذا التأثر من تعليلات الأستاذ السنهوري في العنايات المطلوبة من بعض المدينين وكذلك مما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المصري،ونخلص من ذلك إلى أن القانون المدني الأردني أخذ بهذه النظرية كذلك إلى جانب شقيقه المصري لأن ما يذكر من تعليلات عن القانون المصري يصدق أيضاً بالنسبة للقانون الأردني فيما ورد فيه من نصوص مطابقة أو مشابهة للنصوص المصرية سمحت بعناية أكثر أو أقل من عناية الرجل المعتاد في حالة ما إذا كان المدين بالتزام بعناية متبرعاً كالوكيل والوديع غير المأجورين أو متفضلاً عليه كالمستعير،وإن قيمة النظرية تكمن في كونها تصلح في توجيه المشرع والقاضي على حد سواء في تقديم الحلول العادلة تبعاً لمدى مصلحة المدين في التزامه بالعناية.

أ:-في القانون الفرنسي الحديث:

كان القانون الفرنسي القديم يفرض على المدين عناية متدرجة تبعاً لازدياد مصلحته في أداء الالتزام،فهناك التزامات لا توجد له أية مصلحة في أدائها فلم يكن يسأل بشأنها إلا عن خطأه الجسيم،وهناك التزامات توجد مصلحة مشتركة للطرفين في أدائها فلا يسأل عن خطئه اليسير،أما إذا كان أداء الالتزام يتمخض مصلحة صرفة تعود عليه فعندئذ يكون مسؤولاً حتى عن خطأه التافه[1].

---

[1] عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٢٧١-٢٧٢،ويشير فيه إلى رو دييير،الخطأ العادي في العقود،المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي،١٩٥٦،فقرة٢،ص٢٠٢.

ولهذا فقد كان هذا النظام من المسؤولية يطبق على كافة العقود سواء تضمنت التزامات بتحقيق نتيجة ،أم التزامات بعناية،فعقد البيع وإن كان يتضمن التزامات نتيجة،إلا أنه بصفته عقد معاوضة،فإن البائع كان لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم أو اليسير بينما كان يعفى عن خطأه التافه.

ولكن القانون المدني الفرنسي الحديث نص في المادة(١١٣٧)من أن المحافظة على الشيء تتطلب عناية الرجل المعتاد سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد الطرفين أو كليهما،فكان هذا النص مدعاة للقول بأن القانون الفرنسي الحديث قضى على نظرية تدرج الخطأ،وإن هذه النظرية لم يعد لها محل حتى في التزامات العناية[١].

ولكن هل تخلى القانون الفرنسي حقاً عن نظرية تدرج الأخطاء؟إن **دوما** هو الذي رسم الخطوط الرئيسية لنظرية تدرج الأخطاء إلا أن بوتبيه هو الذي بسطها بوضوح[٢]ونجد فوازينيه يؤكد بصورة قاطعة أخذ القانون المدني الفرنسي بنظرية تدرج العنايات وتدرج الأخطاء بقوله في معرض مسؤولية المهنيين عن الخطأ الجسيم:"...أن هذه الفكرة من شأنها أن تصحح خطأ شائعاً كانت نغّم معه الحقيقة ذلك أنه قيل أن القانون المدني قضى على نظرية تدرج الخطأ وأجاز فقط التدرج في مدى الالتزامات التي تفرض على المدين ولكن كيف نغفل الرابطة بين جسامة الخطأ ومدى الالتزام الواقع على المدين،الواقع أنه لتحديد درجة الخطأ يجب أن نحدد ابتداءً مدى التزام المدين فكلما زادت العناية المطلوبة منه كلما سهل اعتبار أي خطأ منه من قبيل الخطأ الجسيم)[٣].

<u>ب:–في القانونين المصري والأردني:</u>

يرجع السنهوري وبصراحة تفاوت العنايات المطلوبة من المدين في الالتزام بعناية إلى فكرة مصلحة المدين،فالقانون قد يطلب من المدين عناية أعلى من عناية الرجل المعتاد تبعاً

---

[١] عبدالرزاق السنهوري،**الوجيز**،مرجع سابق،فقرة ٢٨١،ص٢٥٦،هامش(١)،وانظر أيضاً نوري خاطر،الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية،مرجع سابق،ص٤٣.
[٢] عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء الأول،فقرة(٤٣٠)،ص٦٦٢.
[٣] حسن الابراشي،**مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية**،مرجع سابق،ص١٥٤،ويشير فيها إلى فوازينيه في رسالته(الخطأ الجسيم في القانون الفرنسي الخاص)،عام١٩٣٤،ص٤٤٠.

لمصلحة المدين.وفي ذلك يقول:"وقد رأينا-المشرع-يطبق هذه النظرية-ويقصد نظرية معيار الخطأ العقدي أي وجوب بذل عناية الرجل المعتاد-في الإيجار بعد أن لاحظ أنه(في مصلحة المتعاقدين معاً)فقضى بأنه يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذل(الشخص المعتاد)،ورأينا يطبقها في العارية بعد أن لاحظ أنها في(مصلحة المستعير دون المعير)فقضى بأنه يجب على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء(العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد)،م٦٤١/مصري-وسنراه يطبقها في الوديعة بعد أن لاحظ أنها في(مصلحة المودع دون المودع عنده إذا كانت غير مأجورة)وفي(مصلحة المتعاقدين معاً إذا كانت مأجورة)فقضى بأنه يجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء(ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة غير مأجورة)وأن يبذل عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة مأجورة-المادة٧٢٠ مصري-وها نحن الآن نراه يطبقها في الوكالة فيميز كما ميز في الوديعة بين ما(إذا كانت الوكالة بغير أجر فتكون في مصلحة الموكل دون الوكيل)ويكون الوكيل مسؤولاً عن العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد،أو كانت الوكالة بأجر فتكون في مصلحة المتعاقدين معاً ويكون الوكيل مسؤولاً عن عناية الرجل المعتاد)[١].

إن نص المادة ٦٤١ -مصري-الذي أوجب على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد يتسع لتحميل المستعير عناية تفوق عناية الرجل المعتاد،ذلك إذا كان المستعير قد اعتاد في المحافظة على ماله بذل عناية تفوق عناية الرجل المعتاد[٢]،إلا أن القانون.ونجد في القانون المدني الأردني ما يؤكد هذا القول حيث نص على:(١-على المستعير أن يعتني بحفظ العين المستعارة أو صيانتها عناية الشخص العادي بماله)[٣].

---

[١] عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،المرجع السابق،الجزء السابع،القسم الأول،فقرة٢٥١،ص٤٦١.
[٢] **المرجع ذاته**،الجزء السادس،فقرة ٨٥٨،ص ١٥٤٢.
[٣] المادة(١/٧٧٠)من **القانون المدني الأردني**.

كما أن نص المادة-٧٢٠ مصري-الذي لا يفرض على المودع عنده،غير المــأجور إلا العناية التي يبذلها في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد،معنــاه،أن المودع عنده إذا كان من النوع شديد الحرص في حفظ ماله فإن القانون لا يطلب إليه إلا درجة أقل من العناية وهي عناية الرجل المعتاد.أما إذا كانت عنايته بحفظ ماله لا تقل عن عناية الرجل المعتاد فيكتفي منه بهذه العناية القليلة[١]،وكذلك الحكم في حالة الوكيل غير المأجور[٢].

وقد نص القانون المدني الأردني في آثار عقد الإيداع على أنه:(١-يجب على المــودع لديه أن يعتني بحفظ الوديعة عناية الشخص العادي بحفظ ماله...)[٣].

وهنا أيضاً لا نرى مانعاً من أن يساوي القضاء الوديع غير المأجور بإلزامه بالعناية التي يبذلها في حفظ ماله دون أن يكلف بعناية تزيد على عناية الرجل المعتاد.

ولكن القانون الأردني كان صريحاً في التخفيف عن كاهل الوكيل غير المأجور عنــدما نص:(١-على الوكيل أن يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في أعمالــه الخاصــة إذا كانت الوكالة بلا أجر)[٤]،وقد وردت صراحة مماثلة في إدارة عقد الشــركة إذ نــص القــانون على:(١-يلزم الشريك الذي له حق تدبير مصالح الشركة أن يبذل في سبيل ذلك من العناية مــا يبذله في تدبير مصالحه الخاصة إلا إذا كان منتدباً للعمل بأجر فلا يجوز له أن ينزل عن عناية الرجل المعتاد)[٥].

وهذا يعني بأن للشريك في أن يبذل في تدبير مصالح الشركة العناية التي يبــذلها فــي شؤونه الخاصة،أي يكتفي بعنايته التي هي أقل من عناية الرجل المعتاد إذا كان قد اعتاد بــذلها في شؤونه الخاصة،ولكنه متى أصبح مأجوراً فإن عنايته يجب أن ترتفع إلى عناية الرجل

---

[١] **الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**،مرجع سابق،الجزء الخامس،ص٢٥٠.
[٢] المرجع ذاته،الجزء الخامس،ص٢٠٧.
[٣] المادة(١/٨٧٣)من **القانون المدني الأردني**،ويقابلها المادة(٩٥٢)من **القانون المدني العراقي**.
[٤] المادة(١/٨٤١)من **القانون المدني الأردني**،ويقابلها المادة(٩٣٤)من **القانون المدني العراقي**.
[٥] المادة(١/٥٩٧)من **القانون المدني الأردني**،ويقابلها المادة(٦٤١)من **القانون المدني العراقي**.

المعتاد.إن الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري قد حرصت باستلهامها واقعة تبرع المعير للمستعير في فرض أحكام استثنائية على المستعير بقولها:(...بل يفرض عليه المشرع،مقابل تبرع المعير أن يؤثر انقاذ مال المعير على مال نفسه)[١]،وقد عقب الأستاذ السنهوري على هذا الحكم بقوله:"أراد القانون التشدد في مسؤولية المستعير لأن العارية متمخضة تبرعاً له)[٢]،وقد فعل المشرع الأردني نفس ما فعله المشرع المصري بما نص عليه:(٢-فإذا قصر في دفع ضرر عن العارية وكان يستطيع دفعه كان ملزماً بالضمان)[٣].

مما سبق نرى أن نظرية تدرج الخطأ لا زالت آثارها الجزئية قائمة في القوانين الحديثة في نطاق الالتزامات بعناية وبصورة ملموسة،والنظرية الحديثة التي لم تأخذ بنظرية تدرج الخطأ في نطاق الالتزامات بصورة مطلقة،بل أخذت بها بصورة جزئية،بحيث ألزمت المدين الذي تقل عنايته عن عناية الرجل المعتاد على بذل عناية الرجل المعتاد،إذا كان متبرعاً له،وسمحت للمدين الذي تزيد عنايته على عناية الرجل المعتاد بالنزول في عنايته إلى عناية الرجل المعتاد إذا كان متبرعاً.

فالنظرية الحديثة في العناية هي ثمرة تطوير نظرية تدرج الخطأ ذات الأصل الموضوعي في تقسيم العنايات والمزج بينهما وبين نظرية المسؤولية القائمة على العناية الشخصية،وهذه النظرية الحديثة للعناية،وكما تعبر عنها الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري تتمشى مع(التطور الحديث للمسؤولية)[٤].

---

(١) **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**،مرجع سابق،الجزء الرابع،ص٦٨٢.
(٢) **المرجع ذاته**،الجزء الخامس،ص٢٠٧.
(٣) المادة(٢/٧٧٠)من **القانون المدني الأردني**.
(٤) **الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**،مرجع سابق،الجزء الخامس،ص٢٠٧.

ثانيا: تدرج العنايات ضرورة أخلاقية لا مجال للاستغناء عنها

لا يمكن التشبث بالقديم لأنه قديم فحسب،بل القديم الذي يمكن التشبث به هو ما يتفق مع طبيعة الأشياء ومع المنطق والعدل وبتعبير أعم مع متطلبات الحياة الاجتماعية(الأخلاق)في التعامل بين الأفراد،وهكذا رأينا أن عناصر هامة ومبادئ رئيسية من نظرية تدرج الأخطاء لا زالت معمولاً بها وهي تستقر بهدوء في كثير من النصوص والأحكام،بينما جرى القول على أن هذه النظرية قد أصبحت مهجورة ومن تراث الماضي،ولم تعد تنفع بشيء والواقع كما رأينا غير ذلك.

ثالثا: الخطأ فكرة نسبية

إن من واجب المدين تحاشي أي خطأ في تنفيذ التزامه،سواء كان خطأ عمداً أو خطأ إهمال،والتزام المدين بهذا الواجب يسبغ عليه صفة حسن النية،وبعد أن عرضنا ارتباط الخطأ بالمدى الواجب من العناية،نستطيع أن نقول بأن حسن نية المدين هو بذل تلك الدرجة من العناية التي يتطلبها الاتفاق أو القانون أو القضاء،فإذا خرج عن درجة العناية المطلوبة يكون قد أخل بمبدأ حسن النية.إن العناية تتفاوت بحسب درجتها فإن الترك الذي يعتبر خطأ تبعاً لدرجة معينة من العناية المطلوبة من المدين لا تعتبر كذلك تبعاً لدرجة أخرى من العناية المطلوبة من المدين وهذا التحديد يتم بالاستعانة بالضوابط التالية:(١-إرادة المتعاقدين في الالتزام بعمل يكفي أداء العمل بعناية الرجل المعتاد كما يصرح القانون بذلك ولكن يجوز للمتعاقدين أن يتفقا بأن يؤدي المدين العمل بالعناية التي اتفق مع الدائن عليها[١].

هذه العناية التي قد تكون أعلى أو أدنى من عناية الرجل المعتاد.ولكن يجب ملاحظة أن ليس للمتعاقدين أن يحددا درجة العناية المطلوبة بدرجة تقل من الدرجة المطلوبة والتي تعتبر من

---

[١] المادة(١/٣٥٨)من **القانون المدني الأردني**.

النظام العام والتي يتدرج تحتها الغش أو الخطأ الجسيم[1]،٢-إذا لم توجد إرادة صريحة فيجب الرجوع إلى نصوص القانون والتي تعتبر مفسره لإرادة المتعاقدين وقد رأينا أن المشرع قد وضع بعض النصوص المفسرة لإرادة المتعاقدين في تحديد مدى العناية المطلوبة من المدين[2].٣-وعند عدم وجود إرادة صريحة للمتعاقدين وفي غياب النصوص المفسرة فلا يبقى إلا اللجوء إلى القاعدة العامة في خصوص أداء الالتزام بعمل التي توجب أداء الالتزام بعمل بعناية الرجل المعتاد،والتطبيق العملي لهذه القاعدة والذي يرينا بوضوح كيف يتفاوت معنى الخطأ وكيف أن الخطأ فكرة نسبية يقاس تبعاً للعناية الواجبة وهذا في حالة أخطاء الإهمال أما الأخطاء العمدية فهي ثابتة ومعيارها ثابت هو معيار نية الإضرار بالطرف الآخر.ومن التطبيق العملي،الذي يبرز تفاوت معنى الخطأ بتفاوت العناية،يعتبر الوكيل بقبض دين مخطئاً،إذا كان مأجوراً،وتهاون في قبض الدين حتى انقضى بالتقادم،بينما لا يعتبر مخطئاً في حالة كونه غير مأجور إذا تهاون حتى انقضى الدين بالتقادم وكان سبب تهاونه قصوره الشخصي عن إدراك معنى انقضاء الدين بالتقادم[3]،ويعتبر مخطئاً إذا كان موكلاً في شراء منزل فاشترى منزلاً فيه عيوب ظاهرة لا تخفى على الشخص العادي،فإذا كان غير مأجور وكانت هذه العيوب تخفى عليه شخصياً لم يكن مخطئاً[4].

وبموجب أحكام القانون المدني المصري،وفي عقد الوديعة،إذا اضطر المودع عنده أن يحمل الوديعة في سفر ولم يؤمن عليها فسرقت،فإن كانت الوديعة من شأنها أن يؤمن عليها عند السفر كان مسؤولاً إذا كانت الوديعة بأجر،حتى لو أثبت أنه كان لا يؤمن عليها لو أنها كانت ماله الخاص،أما إذا كانت الوديعة بغير أجر وأثبت ذلك،فإنه لا يكون مسؤولاً[5].

---

(١) المادة(٢/٣٥٨)من **القانون المدني الأردني**.

(٢) المواد(١/٨٧٣)و(١/٨٤١)و(١/٥٩٧)من **القانون المدني الأردني**،وتقابلها المواد(٦٤١)و(٧٣٠)من **القانون المدني المصري** و(٢/٦٤١)و(١/٩٣٤)من **القانون العراقي**.

(٣) عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء السابق،القسم الأول،فقرة٢٥٣،ص٤٦٥،ويشير فيه إلى بودري وقال-المطول العملي والنظري في القانون المدني،فقرة٦٠١،ص٣١٧.

(٤) بودري وقال،فقرة ٦٠٣،مشار إليه في **الوسيط** أعلاه،نفس الفقرة والصفحة أيضاً.

(٥) عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء السابع،القسم الأول،فقرة٣٥٦،ص٧٠٦.

وهذا الحكم ينسجم مع حكم القانون المدني المصري الذي يشدد في مســؤولية المــودع عنده, المأجور ،ويمكن الأخذ بهذا الحكم في القانون المدني الأردني للتشابه بين القانونين.

وبهذا فإن الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد يجب أن يفهم على أنه الانحــراف عــن المقدار الواجب من العناية،ذلك أن الرجل المعتاد يفترض فيه عدم إخلاله بالقدر الواجب عليــه من العناية وإن زادت عن عنايته الخاصة.

الفرع الثاني

مفهوم عناية الرجل المعتاد

إن فكرة الرجل المعتاد تقوم على الأخلاق وإذا كان يباح للمدين تكييف عنايته حسب الظروف،فهو مقيد بقيد أساسي هو ألا يخالف الأخلاق،فالأخلاق هي العامل الأول الذي يوجه الرجل المعتاد.ويبقى علينا بعد ذلك تكييف العناية وبيان عناصرها،إيفاء بحسن النية بالأساس الموضوعي وتجنباً للمسؤولية المدنية.

وسوف نقسم هذا الفرع إلى أربعة أقسام نتناول في القسم الأول فكرة الرجل المعتاد فكرة أخلاقية،وفي القسم الثاني موضوعية معيار الرجل المعتاد و أثر الظروف في تكييف عناية الرجل المعتاد(مرونة معيار الرجل المعتاد)في القسم الثالث وفي القسم الرابع عناصر عناية الرجل المعتاد.

أولا :فكرة الرجل المعتاد فكرة أخلاقية

رأينا أن المادة(١١٣٧)فرنسي(تقابلها المادة ٣٥٨ أردني)تنص على وجوب بذل المدين بحفظ شيء عناية الرجل المعتاد.وإن المادة(١١٣٤)من القانون الفرنسي(تقابلها المادة٢٠٢ أردني)تنص على وجوب تنفيذ العقد بحسن نية[١].

فالالتزامات يجب أن تنفذ بحسن نية وهذا يعني وجوب تنفيذها بعناية الرجل المعتاد،والرجل المعتاد إذن هو الرجل الحسن النية،فأساس حسن النية هو نفس معيار عناية الرجل المعتاد..فالرجل المعتاد إذن هو الرجل الملتزم بالأخلاق الاجتماعية وفي هذا يقول الأستاذ سليمان مرقس:"من مزايا الأخذ بمعيار الرجل المعتاد أنه يربط بين قواعد الأخلاق والقواعد القانونية لأن الرجل العادي إنما يهتدي في تصرفاته بما تمليه عليه قواعد الأخلاق،فاتخاذ مسلكه نموذجاً لما يجب أن يكون عليه مسلك عامة الناس من شأنه أن يضفي على الواجبات القانونية التي يتم تعيينها وفقاً لهذا النموذج صبغة أخلاقية"[٢].

والتحليل الخلقي لفكرة الرجل المعتاد يجعلنا نرسم الصورة التالية للرجل المعتاد الذي ينبغي أن تنعكس صفاته الأخلاقية على تنفيذه لالتزاماته فنقول:"أنه الرجل الأمين الشريف المستقيم"[٣].

---

[١] سليمان مرقس،**شرح القانون المدني في الالتزامات**،المطبعة الحالية،١٩٦٤،فقرة٥٦٩،ص٥٥٣.
[٢] سليمان مرقس،مذكرات في القانون المدني لطلبة الماجستير جامعة بغداد ,عام ١٩٦٩،١٩٦٨ ،فقرة٧٧،ص١٢٦،والذي لأشار إليه عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٢٨٩.

[٣] سليمان مرقس،نظرية العقد،القاهرة،١٩٥٦،فقرة٢٦٠،ويشير إليه عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٢٨٩.

ثانيا :موضوعية معيار الرجل المعتاد

إما أن يقاس الخطأ(خطأ الإهمال)بمعيار شخصـــي أو بمعيــار موضـــوعي والقيــاس بالمعيار الذاتي معناه اعتبار المدين مخطئاً كلما حاد عن العناية التي اعتاد أن يبذلها في شؤونه وأدى ذلك إلى الإضرار بالغير،وهذا يقود إلى التشدد مع المدين الحريص جداً.وإلى التساهل مع المدين الذي يتساهل أو يهمل في شؤونه الخاصة.أما المعيار الموضوعي فيقضي بمقارنة مسلك المدين أكان حريصاً جداً أم قليل الحرص،بمسلك شخص آخر يتخذ نموذجاً للمقارنة, إن الأخــذ بالمعيار الشخصي لا ينطوي على أي حافز لأولئك قليلي العنايــة وقليلــي الموهبــة وقليلــي الذكاء،لكي يضاعفوا يقظتهم وعنايتهم من أجل عدم إصابة الغير بالضرر والمعيار الموضوعي يخلق شعوراً بالطمأنينة لدى الجميع لأنه يعطي تعويض عن الضرر لكل من يصاب به جــراء العمل غير المشروع.

إن قياس الخطأ بمعيــار مجــرد،ليس معنــاه الاســتغناء عــن العنصــر المعنــوي للخطأ[١]،وصحيح أن المدين يعد مخطئاً لأنه لم يبذل عناية الرجل المعتاد؛أو لأنه جهل ما يجب أن يفعله بحيث يأتي فعله مطابقاً لفعل الرجل المعتاد رغم أنه لم يتعمد هــذا التقصــير ولكــن العنصر المعنوي هنا يتمثل في توفر حرية الإرادة لدى الفرد،هذه الحرية الكفيلة بأن تعينه على اتخاذ مسلك الرجل المعتاد إرهاق لهم،وطلب أمر غير معقول منهم،والمعيار الموضوعي مــن هذه الوجهة عادل لأنه يتطلب الممكن لا المستحيل.

إن القانون المدني الأردني أوجب الأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير القصــور فــي العناية[٢].مما تضمنته عبارات المادة(٣٥٨/١)المقابلــة للمــادة(١١٣٧)مــن القــانون المــدني الفرنسي،لذا كان مسلك المدين يقاس إلى مسلك نموذج إنساني عام لا إلى نموذج شخصي منفرد.

وإن اختلاف النشاطات البشرية وبروزها وتطورها المستمر يجعل الاستناد إلى نموذج واحد،نموذج الرجل المعتاد،أمر غير مستساغ عقلاً وعدلاً فهناك نشاطات بسيطة،يمكن القــول

---

[١] عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٢٩٣.
[٢] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**،مرجع سابق،الجزء الأول،ص٣٥٨.

عنها بأنها وظائف اعتيادية يقوم بها كل الناس تقريبا،تتطلب معلومات أو مؤهلات أكثر مما هي متوفرة لدى الرجل المعتاد،فنأخذ نموذج المقارنة عام مع أن فكرة الرجل المعتاد بذاتها تتضمن أي استعداد فني خاص[١].

ولكن المجتمع الحديث مجتمع يرتكز على التخصص في أداء الأعمال،وهذا التخصص في حاجة إلى مؤهلات وخبرات خاصة،وقد أصبح الفرد الذي يمارس مهنة معينة يكتسب كثيراً من العادات التي يجب أخذها عند الحكم على سلوكه ولم يتوقف التخصص عند حد المهنة الواحدة،بل لقد وجدت في كل مهنة فروع احتاجت إلى التخصص أيضاً.

وبهذا كان لا بد للمحاكم من أن تقيس سلوك كل مدين في مهنة معينة بسلوك مهني معتاد من نفس المهنة،لذا فمعاملة التاجر الذي اختص ببيع سلعة معينة ليس كتاجر عادي وإنما كتاجر على مستوى.

مع أن بعض المهن تحتاج إلى تعليم أو تدريب مثل السائق المحترف وأيضاً هناك مهن تحتاج إلى دراسات وخبرات،مثل مهنة الطب،كالطبيب أو الجراح والصيدلي والمحامي والمهندس....

والخلاصة أن فكرة الرجل المعتاد فكرة موضوعية أي بمعنى أن الفرد يسأل ليس تبعاً لمقدار اهتمامه بشؤون نفسه أو تبعاً لمعلوماته الفعلية أو قابلياته الخاصة،وإنما يقارن سلوكه بمسلك غيره ممن يتخذ نموذجاً،وهذا هو معنى التقدير الموضوعي،ولكن نموذج المقارنة غير ثابت في كل الأحوال والمناسبات بل يتنوع إلى درجة كبيرة تبعاً للنشاطات والأوضاع المختلفة.

---

[١] ريبير،النظام الديمقراطي والقانون المدني الحديث،١٩٤٨،فقرة١٩٩،ص٣٦٦،مشار إليه من قبل عبدالجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،مرجع سابق،ص٢٩٨.

ثالثا :أثر الظروف في تكييف عناية الرجل المعتاد(مرونة معيار الرجل المعتاد)

مسلك الرجل المعتاد لا يتحدد فقط بطبيعة الحقوق المتنازع عليها التي يباشر هو إحداها،فيصطدم في ذلك بواجبه المقابل لحق الطرف الآخر،وإنما يتدخل في تعيينه وتحديده ظروف أخرى مميزة،كالظروف المتعلقة بالشخص ذاته،أو المحيطة به من مكان وزمان وسن أو عرف وعادات[١].

إن تقدير الخطأ بالمعيار الموضوعي لا يتضمن المطابقة إلى نموذج مجرد تماماً أي بصرف النظر عن الظروف الشخصية للمدين التي تقلل أو تزيد من قدرته أو قابليته المعتادة،صحيح أن يسلك بغباء أو بسوء نية لا يمكن أن يجد له مبرراً،ولكن ومن وجهة ثانية،كل ما يمكن تصوره بالنسبة للشخص المعتاد وجوهره يقظة الضمير والتبصر،يمكن تصوره بالنسبة إلى المدين أيضاً،فمن المتصور أن يصاب الشخص المعتاد بمرض أو عجز أو وهن يعيقه عن العمل تبعاً إليه كما كان في الظروف الاعتيادية،إذن فإن مثل هذه الظروف إذا اعترضت المدين،خاصة في العقود الزمنية فإنها تؤخذ بنظر الاعتبار أمام محاكم الموضوع.

فظروف المكان والزمان هي من الظروف الظاهرة التي يقام لها وزن في تقصي مسلك الرجل العادي.أما الظروف الأخرى(الظروف الشخصية)التي تزيد من قدرة المدين،فهي معلوماته أو خبراته الخاصة،وهي كما بيناها تكون إما بنص القانون أو بإرادة المتعاقدين الصريحة وإما بناءً على الثقة المشروعة بين المتعاقدين.

وقد أصبحت المؤهلات الشخصية للمقاولين وبحكم القانون من الظروف المتطورة التي يجب أن يقام لها الوزن في تقدير سلوك المقاول بما نص عليه القانون من أنه:(١-ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل الاعتبار في التعاقد)[٢].

---

[١] فؤاد صالح درادكه،الشرط الجزائي،**التعويض الاتفاقي في القانون المدني الأردني**،الطبعة الأولى،١٩٩٥،ص١٥٧،عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،ص٨٨٤،سليمان مرقس،**الوافي في شرح القانون المدني**،الجزء الأول،الطبعة الثانية،١٩٨٧،ص٢١٧،وأشار إليهم ياسين الجبوري،**المبسوط في شرح القانون المدني**،الجزء الأول،المجلد الأول،القسم الثالث،فقرة٢٨٩،ص٣١٦.

[٢] المادة(١/٨٠٤)من **القانون المدني الأردني**.

ويستخلص من هذا النص أن رجال الفن كالرسامين والنحاتين والموسيقيين والمغنين وأصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار في التعاقد،أما العمال والصناع كالنقاشين والسباكين والنجارين والحدادين فالأصل فيهم أن مؤهلاتهم الشخصية هي محل اعتبار في التعاقد.إلا إذا قام دليل أو عرف يقضي بغير ذلك كأن كان العمل محل المقاولة عملاً بسيطاً لا يقتضي مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أي شخص في الحرفة[١].

إن أخذ قابلية الشخص فوق المعتاد،بنظر الاعتبار،في بعض الأحيان،أمر لا يقتصر على المدين وحده،بل أنه ينطبق على الدائن أيضاً،فخطأ الدائن يقدر تبعاً لخبرته عندما يكون لهذه الخبرة أثر في علاقة الدائن بالمدين.

---

[١] عبدالرزاق السنهوري،**الوسيط**،مرجع سابق،الجزء السابع،المجلد الأول،فقرة١٤٧،ص٢٥٩.

رابعا :عناصر عناية الرجل المعتاد

يمكن لنا من خلال نصوص القانون وتطبيقات المحاكم وبما كتب الفقهاء،أن نحلل عناية الرجل المعتاد إلى عناصر معينة،إذا افتقدت أو افتقد بعضها كان ذلك إخلالاً بتنفيذ العقد وإخلالاً بمبدأ حسن النية في التنفيذ،وهذه العناصر إن كانت محددة المحتوى بعض الشيء،فهي لا تعطي إجابات جاهزة للقضاء.بل يمكن الاستعانة والاسترشاد بها لتقريرها إذا يوجد خطأ في جانب المدين أم لا يوجد.ويبقى دور القضاء دوراً إيجابياً أساسياً في الفصل بوجود الخطأ من عدمه في كل حالة على حده.

نستطيع القول ومن استقراء النصوص والتطبيقات القضائية والآراء الفقهية بإن عناصر عناية الرجل المعتاد هي:-

أ-تنفيذ كافة الالتزامات العقدية التبعية:-

من واجبات الأمانة على الرجل المعتاد أن ينفذ ليس فقط الالتزام الرئيسي في العقود بل أن ينفذ إضافة إليه كل الالتزامات التبعية الأخرى[١]،وبمعنى آخر يلتزم بتنفيذ كل الالتزامات الداخلة في نطاق عقد معين،ونطاق العقد لا يقتصر على ما هو مذكور فيه صراحة أو ضمناً وإنما يشمل كافة الالتزامات الأخرى،والتي يقررها القانون أو العرف أو العدالة بحسب ما تقتضيه طبيعة الالتزام.

إن حكم المادة(٢/٢٠٢)[٢]من القانون المدني الأردني من التطبيقات التشريعية لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

---

[١] يزيد نصير،**مرحلة ما قبل إبرام العقد،دراسة مقارنة،الجزء الثاني،نظرية الخطأ في أثناء التعارف والقطع التعسفي للمفاوضات**،جامعة آل البيت،المفرق،"مجلة المنار"،المجلد التاسع،العدد الثالث،٢٠٠١،ص٢١٦.

[٢] تقابلها المادة(٢/١٥٠)من **القانون المدني العراقي** والمادة(١٤٨)من **القانون المدني المصري** والمادة(١٤٩)في **القانون المدني السوري**.

وقد حرص القانون نفسه على التصريح بجعل بعض الالتزامات التبعية واجبة على المدين ولو لم تذكر في العقد،وذلك كالتزام البائع بضمان العيوب الخفية[١]والاستحقاق للمبيع[٢].

والالتزامات التبعية هي تلك الالتزامات التي يستمد وجودها إما من القانون أو العرف أو العدالة أو طبيعة التزام(التصرف)ونتناول هذه الالتزامات التبعية تباعاً.

أولاً:-التزامات مصدرها القانون:-

سبق أن ذكرنا أن من صفات الرجل المعتاد الأخلاقية احترام القانون فلا يجوز أن يخالف النصوص الآمرة المتعلقة بالالتزامات والنصوص المكملة أو المفسرة إذا لم يوجد في العقد ما ينافيها،ومن أمثلة الالتزام بالنصوص الآمرة التزام البائع ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية فكل هذه المسائل يبين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع،وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد[٣].

ثانياً:-التزامات مصدرها العرف أو العادة:-

فكرة العرف تقوم على الرضا والرضا نفسه يقوم على علاقات بين الناس مألوفة فالعرف هو ما يتعارف عليه الناس بصورة عفوية على اتباعه لأنهم ينظمون اتفاقاتهم وفق قواعد اعتمدتها الأجيال السالفة[٤].

---

[١] المواد(٥١٢-٥٢١)من **القانون المدني الأردني.**

[٢] المادة(٥٠٣)من القانون المدني الأردني.

[٣] عبدالرزاق السنهوري،**مصادر الحق في الفقه الإسلامي**،مرجع سابق،الجزء السادس،ص١٣،وانظر أيضاً،أنور سلطان،مصادر الالتزام،مرجع سابق،فقرة٢٩٣،ص٢٠٩،والسرحان،نوري،**مصادر الحقوق الشخصية**،مرجع سابق،فقرة٢٨٣،ص٢٤٦،وياسين الجبوري،**المبسوط**،الجزء الأول،المجلد الأول،القسم الثالث،مرجع سابق،فقرة٢٢٨،ص٢٤٤.

[٤] محمد حسين اسماعيل،**القانون التجاري الأردني**،مرجع سابق،فقرة ٢١،ص٢٥.

وكثيراً ما يميل القانون إلى العرف لبيان بعض الالتزامات التبعية على المدين نجد ذلك في عقد البيع[١]وفي عقد الإيجار[٢]وفي عقد إيجار الأراضي الزراعية[٣]،في المساقاة[٤]وفي عقد المقاولة[٥].

والمشرع عندما يفعل ذلك فهو يطبق فكرة الرجل المعتاد تشـــريعياً،وذلك لأن الرجـــل المعتاد يراعي الأعراف في المعاملات ما لم يوجد في الاتفاق ما ينص على خلاف ذلـــك.وقـــد أشارت محكمة التمييز الأردنية إلى العرف كعامل يستعان به لتحديـــد مضـــمون العقـــد بمـــا قررته،من أن (...٢-استقر الفقه والقضاء على أن ملحقات المأجور تشمل كل ما أعـــد بصـــفة دائمة لاستعماله طبقاً لما تقضي به طبيعة الشيء والعرف وقصد المتعاقدين...)(٦).

وللعرف أهمية كبيرة في المسائل المتعلقة بالمعاملات التجارية وعقود الرهن والوكالـــة التجارية والوكالة بالعمولة وعقد الحساب الجاري والسمسرة[٧].كما يعتبر من قبيل العـــرف مـــا يسمى بالشروط المألوفة أي تلك التي درج الناس على إدماجها في عقود معينـــة حتـــى يـــأت وجودها في تلك العقود مفروضاً ولو لم تدرج في عقد بذاته.ومن ذلك ما جرت عليه العادة فـــي إضافة نسبة مئوية إلى حساب النزلاء في الفنادق والمطاعم كمقابل للخدمة[٨].

ومما يدل على اهتمام المشرع الأردني بالعرف والعادة في مجال العلاقات العقدية أنـــه بالإضافة إلى ما أحال عليها في العديد من النصوص المفسرة أو المكملة في بعض العقود،فقـــد

---

[١] المواد(٤٧١و٤٩٠و٤٩٢و٤٩٩و٥١٢)من **القانون المدني الأردني**.
(٢)المواد(٦٨١و٦٨٢و٦٨٦و٦٩٣و٦٩٥)من **القانون المدني الأردني**.
(٣)المادة(٧١٩)من **القانون المدني الأردني**.
(٤)المادة(٧٣٩)من **القانون المدني الأردني**.
[٥] المادة(٧٨٤)من **القانون المدني الأردني**.
(٦)تمييـــز حقـــوق رقـــم(٧٧/٣٩٠)**مجلـــة نقابـــة المحـــامين** لســـنة ١٩٧٨،العـــددان الأول والسادس،تاريخ١٩٧٧/١٢/١٣،ص٢٠٠،مشار إليه من قبل أنور ســـلطان،**مصـــادر الالتـــزام**،مرجـــع سابق،فقرة٢٩٥،ص٢١٠.
[٧] المواد(٤و٦٢و٨١و٨٩و١١٠)من **قانون التجارة الأردني**.
[٨] السرحان،نوري،**شرح القانون المدني**،مرجع سابق،ص٢٤٦.

أكد على اهتمامه في تفسيره لهذه المادة في المذكرات الإيضاحية حيث نص على:(وقد أوردت المجلة كثيراً من القواعد الكلية توجب الأخذ بالعرف والعادة في تحديد نطاق العقد منها(العادة محكمة)و(استعمال الناس حجة يجب العمل بها)و(تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت)و(العبرة للغالب الشائع ولا للنادر)و(المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)وقد أورد المشرع هذه القوانين سابقاً[١].

ثالثاً:-التزامات مصدرها العدالة:-

من السهل بيان التشريع لأنه مدون ومكتوب أما العرف فهو ظاهر محسوس ويقول الأستاذ حسن الذنون أن العدالة فكرة لم تحدد معالمها بدقة،وقد عرف الفيلسوف(أفلاطون)العدالة بأنها:"أن يملك الشخص ويفعل ما هو ملكه ومعنى هذا أن العدالة عند أفلاطون هي أن يتلقى كل شخص ما يساوي إنتاجه وأن يؤدي العمل الذي يتناسب مع طبيعته ومقدرته،وجاء في مدونة(جستنيان)أن العدل هو(حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه)وقال بعضهم أن العدل إحساس يتجلى فينا على هيئة استحسان أو استهجان،سرور أو ألم،إزاء واقعة ما عند موافقة هذه الواقعة لضميرنا الأخلاقي أو مخالفتها له،إذ تحس بالرضا والسعادة عند انتصار الحق واندحار الباطل كما نحس بالغضب والأسى عند إدانة البريء وتبرئة المدين وفضيلة العدل ذات صفة خلقية[٢].

والعدالة فكرة لا تقتصر على مجرد الامتناع عن إيقاع الضرر بالغير وعلى إعطاء كل ذي حق حقه وإنما هي تنطوي فوق ذلك على شيء أعمق وأبعد ذلك هو التوازن المستهدف تحقيقه بين المصالح المتعارضة بغية كفالة النظام اللازم لسكينة المجتمع الإنساني وتقدمه[٣].

وفي الشريعة الإسلامية نجد الإمام الغزالي يرسم الفروق بين مفاهيم ثلاثة قد تختلط معانيها معاً،فيقول:"إذا اقتصر التاجر على(العدل)كان من(الصالحين)وإن أضاف

---

[١] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**،مرجع سابق،الجزء الأول،ص ٢٣٠.

[٢] حسن علي الذنون،**فلسفة القانون**،مطبعة العافي،الطبعة الأولى،بغداد،١٩٧٥،فقر ١٦٠،ص١٦٣.

[٣] حسن ذنون. المرجع السابق،فقرة١٦٠،ص١٦٤،ويشير فيه إلى نعيم عطيه،**النظرية العامة للحريات الفردية**،ص٣٦،وانظر أيضاً في نفس المعنى،السيد البدوي،**حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية**،مرجع سابق،ص٧.

إليه(الإحسان)كان من(المقربين)وإن راعى مع ذلك وظـــائف الـــدين،كان مـــن الصـــديقين واالله أعلم"[١].

ويضيف أيضاً:"تتم شفقة التاجر على دينه بمراعاة حسن النية والعقيـدة فـي ابتـداء التجارة،فلينو النصح للمسلمين،وإن يحب لسائر الخلق ما يحب لنفسه.ولينو اتباع طريق العـدل والإحسان في معاملته..وأن لا يقصر على اجتناب الحرام،بل يتقي مواقع الشـبهات وخطـات الريب ولا ينظر إلى الفتاوى بل يستفتي قلبه،فإذا وجد فيه حزازة اجتنبه"[٢]،ثم يـرى أن رتبـة الإحسان فقال ببعض الأمور منها:"عدم المغابنة،فينبغي على المسلم ألا يغـبن صـاحبه بمـا لا يتغابن به في العادة...والإحسان في استيفاء الثمن والديون مرة بالمسامحة وحظر البغض،ومرة بالإمهال والتأخير اتباعاً لقوله صلى االله عليه وسلم:"من أنظر معسراً،وترك له حاسبه االله حساباً يسيراً"،وكذلك الإحسان في الوفاء بأن يمشي إلى صاحب الحق ولا يكلفه أن يمشي إليه اتباعـاً لقوله صلى االله عليه وسلم:"خيركم أحسنكم قضاء"[٣].

وبعبارة عامة نستطيع القول بأن العدالة هي إيفاء واستيفاء الحقـوق بالطريقـة التـي يوحيها الضمير وبعض جوانب الأخلاق،وهي من صنع الضمائر الحسنة،كما أن بعض الأعراف والعادات هي كذلك.

وعما يمكن أن يعد من التزامات العدالة ما قرره المشرع الأردني من وجـوب التـزام العامل بالمحافظة على أسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل وفقاً لما يقتضيه الاتفاق أو العرف(٥/٨١٤٢)مدني.على أن أهم تطبيق لقواعد العدالة ما تعلق بنظرية الظروف الطارئة التي من شأنها التخفيف عن المدين إذا صار الالتزام مرهقاً لـه[٤].وإذا كـان الخروج على مقتضيات الضمير في استعمال الحق يجرح العدالة ويخلق حالـة مـن حـالات التعسف في استعمال الحق ونجد أن نظريتي عقود الإذعان والتغرير مع الغبن الفاحش تعتبران من تطبيقات فكرة العدالة،ذلك أن التزامات الطرف الضعيف التبعية والأصـلية تعـدل بحيـث

---

[١] الغزالي،**إحياء علوم الدين**،الجزء الثاني،ص٨٧.
[٢] **المرجع ذاته**،ص٨٣-٨٦.
[٣] **المرجع ذاته**،ص ٧٩،٨١،٨٢.
[٤] أنور سلطان،**مصادر الالتزام**،مرجع سابق،فقرة ٢٩٦،ص٢١٠.

تناسب التزامات الطرف الآخر وهاتان النظريتان تتكفلان لمعالجة جانب كبير من عيوب تنفيذ العقود كما يؤمن سيادة مبدأ العدالة بمفهومه الواسع.

لقد نص القانون المدني الأردني على ما يلي:(إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)[١].

فعقد الإذعان هو العقد الذي تنعدم فيه المفاوضات العقدية ولا يبرم بالإرادة الكاملة لأحد الطرفين إن الطرف القابل يقتصر قبوله على مجرد التسليم بشروط مطبوعة ومقررة سلفاً من قبل الموجب وليس على الموجب إليه إلا التسليم بشروط مطبوعة ومقررة سلفاً من قبل الموجب وليس على الموجب إليه إلا التوقيع على النموذج الذي يحتوي على هذه الشروط دون استطاعة مناقشة أي شرط ورد فيه وإلا فإنه لن يكون باستطاعته الحصول على السلعة أو المنفعة التي يرغب في الحصول عليها.[٢].

فعقد التأمين وعقد النقل بالسكك الحديدية والبواخر والطيران وعقدا اشتراك المياه والنور أيضاً عقود إذعان،إذ أن القابل لمثل هذه العقود لا يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع،ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه،فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه موجود،ولكنه مفروض عليه[٣].

والقضاء هنا هو الذي يتولى معالجة الآثار السيئة الناجمة عن عدم التكافؤ بين الإرادتين فيعمل على أنصافهم وحمايتهم من الاستغلال،فكانت فكرة العدالة هي المبرر لتدخل المشرع والقضاء لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي فرضها عليه الطرف القوي.

---

[١] المادة(٢٠٤)من **القانون المدني الأردني** وتقابلها المادة(١٤٩)من **القانون المصري** والمادة(١٦٧)من **القانون المدني العراقي**،والمادة(١٥٠)من **القانون المدني السوري**.

[٢] يزيد نصير،**مرحلة ما قبل إبرام العقد**،دراسة **مقارنة**،**الجزء الثالث**،**التفاوض عبر النماذج المتضاربة**،"مجلة المنار"، جامعة آل البيت،المجلد التاسع،العدد الثالث،٢٠٠٣،ص٩٤.

[٣] عبدالمجيد الحكيم،عبدالباقي البكري،أحمد طه البشير،**الوجيز في نظرية الالتزام**،مرجع سابق،ص٤٤.

وفيما يتعلق بنظرية التغرير والغبن[1]فقد نص القانون المدني الأردني على(التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعليه تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها)[2]،كما ينص على:(إذا أصاب الغبن ولو كان يسيراً مال المحجور عليه الدين أو المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقاً لما لهما كان العقد موقوفاً على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين وإلا بطل)[3]

صحيح أن العمل القانوني في حالة التغرير والغبن الفاحش مستجمع لشروطه الضرورية للصحة،ولكن الواقع أن أحد الطرفين شاب إرادته عيب من عيوب الرضا،مما يؤدي إلى اختلال التوازن بين الطرفين لوجود الغبن والغرير في جانب المتعاقد الآخر،حيث أن فعل المتعاقد المغرر،يخالف القاعدة الأخلاقية التي توجب على الفرد أن يعامل غيره كما يجب أن يعامله الغير والخروج عن الأخلاق هو الذي يبرر الاستناد إلى فكرة العدالة في تنظيم علاقات الطرفين ورفع الغبن إلى الحد المعقول.

رابعاً:-التزامات مصدرها طبيعة الالتزام(التصرف)

وفي بيان المقصود بطبيعة الالتزام نصت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني على:(وهي تقتضي أن يلحق العين ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات ويستند المشرع في هذا الصدد إلى القواعد الفقهية(التابع تابع)و(التابع لا يفرد بالحكم)و(من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته)و(إذا سقط الأصل سقط الفرع)و(إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه)[4].

وقد طبق المشرع الأردني هذه القاعدة في عقد البيع حيث اعتبر أن بائع العين قد باعها وباع معها ملحقاتها الضرورية،أي باع أصل العين والملحقات الضرورية حيث نص على(يشمل

---

(١) التي أدرجها المشرع ضمن عيوب الرضا بالإضافة إلى الإكراه والغلط،انظر المواد(١٣٥-١٥٦)من **القانون المدني الأردني.**
(٢)المادة(١٤٣)من **القانون المدني الأردني.**
(٣) المادة(١٤٧)من **القانون المدني الأردني.**

(٤)**المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**،الجزء الأول،المرجع السابق،ص٢٣٠.

التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة،وكل ما جرى العرف علي أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد)[١].

وإعمالاً لفكرة تكملة العقد قام القضاء الفرنسي ومن بعده المصري والعراقي بإدخال عدد من الالتزامات في العقود وثم عدم وجود نص عليها لا في القانون ولا في العقد ومثال ذلك،تحميل أحد العاقدين بالالتزام بالسلامة وذلك في مجال عقد النقل إذا أصبح الناقل ملتزماً بنقل الراكب إلى جهة الوصول سليماً.وهذا الالتزام بعد التزاماً بتحقيق نتيجة،وأساس ترتيبه على عاتق الناقل والتزامه به هو مبادئ العدالة،لأنه من الصعوبة بمكان تبرير هذا الالتزام باللجوء إلى إرادة(إرادة الناقل والراكب).فإذا كان الراكب تتجه إرادته إلى هذا الشرط،فإن من المؤكد أن إرادة الناقل لم تتجه إليه إطلاقاً وهذا الالتزام بالسلامة انتقل إلى عقود عديدة أخرى،وذلك انطلاقاً من اعتبارات العدالة المستمدة من مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية.

وبعد أن بينا مختلف الالتزامات التبعية حسب تنوع مصادرها ننتقل الآن إلى العنصر الثاني في عناية الرجل المعتاد وهو واجب إخطار الدائن بالمعلومات الضرورية.

ب-إخطار الدائن بالمعلومات الضرورية

إن وظيفة الإخطار من المدين إلى الدائن،عن الظروف المؤثرة على سير تنفيذ الالتزام،هي تنبيه الدائن كي يتوقع ويتجنب الإضرار التي تتهدد في حالة جهله بتلك الظروف ومن تطبيقات هذا العنصر نرى الكثير في العديد من العقود:-

يلتزم البائع بإخطار المشتري عن حالة المبيع أي من العيوب الخفية التي فيه،وعن تكاليفه وأي أمر يتصل به.

---

[١] ياسين الجبوري،**المبسوط**،مرجع سابق،الجزء الأول،المجلد الأول،القسم الثالث،فقرة٢٣١،ص١٤٨،وقد أوجب قانون العمل الأردني في المادة(٧٨)على رب العمل أن يلتزم في عقد العمل بسلامة عماله ضد مخاطر العمل،كما أوجب **قانون التجارة الأردني** على الناقل المحافظة على سلامة الركاب والبضائع عند تنفيذ عقد النقل في المادتين(٧٢)و(٧٧)منه.

ولم يتردد القضاء الفرنسي في آخر مراحل تطوره أو حتى الوقت الحاضر في تقرير وجود التزام تعاقدي بالإعلام كالتزام تابع مرتبط بالالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد،وذلك رغم عدم وجود نص صريح يقرر مثل هذا الالتزام بين النصوص القانونية التي تنظم كل عقد على حده.وبموجب هذا الالتزام يلتزم المهني(لبرامج الحاسب الإلكتروني)صانعاً كان أو موزعاً-بالنظر إلى مهنته أو حرفته من جانب،ولخبرته ودرايته من جانب آخر-بالإفصاح إلى المشتري بكافة المعلومات الضرورية الخاصة باستعمال الشيء المبيع،وكذلك الاحتياطات والتدابير التي يجب اتخاذها من جانب المشتري لتجنب المخاطر التي يمكن أن تترتب على استعمال هذا الشيء،أو حتى على مجرد حيازته[1].

ويمكن لنا القول في تعميم التزام البائع بإخطار المشتري عن العيوب الخفية وعن كيفية استعمال الأشياء الخطرة إلى جميع المدينين بتسليم الأشياء في مختلف العقود.

وقد أورد المشرع الأردني بعض التطبيقات التشريعية لواجب الإخطار.

أولا-في عقد البيع:-حيث نص على:(أ-على كل تاجر أن يضع بصورة واضحة سعر كل سلعة معروضة للبيع سواء أكان عليها سعرها محدداً وفق أحكام هذا القانون،أم محدد مع وجوب التزامه بهذه الأسعار كحد أعلى وإذا تعذر وضع الأسعار على بعض السلع فإن على التاجر تنظيم كشف بأسعارها وتثبيته في مكان ظاهر قريب من مدخل محله لتمكين رواده من الاطلاع عليه بسهولة. ب-على البائع بالجملة أن يزود المشتري بفاتورة تتضمن نوع المادة أو السلعة وكميتها وسعر بيعها وأن يحتفظ بنسخة منها مدة لا تقل عن سنتين،وعلى البائع بالتجزئة لأي مادة أو سلعة أن يزود المشتري بفاتورة إذا طلب ذلك)[2].

ثانيا-عقد المقاولة:-على المهندس أن ينبه رب العمل عن عيوب الأرض،وقد يتخذ هذا الواجب صورة الامتناع عن التعاقد أو التنفيذ،ولذا فإن المهندس يبقى مسؤولا إذا أقام بناء على أرض غير صالحة أو بمواد غير صالحة وإن كانت تعود إلى رب العمل ولا يكفي أن ينبه المالك عن ذلك،إذا كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة فإن هذا لا ينفي خطأ

[1] عزه محمود أحمد خليل،"**مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب**"،دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية،رسالة دكتوراه منشورة،القاهرة،١٩٩٤،ص١٢٦.

[2] المادة(١١)من **قانون الصناعة والتجارة** رقم(١٨)لسنة ١٩١٨،والصادر بتاريخ١/١١/١٩٩٨.

المقاول.ولم يفعل رب العمل سوى إجازة خطأ المقاول،وهذه الإجازة لا اعتداد بها بسبب جهلـــه للنواحي الفنية في العمل.

وتطبيقاً لما ذكرناه نص القانون المدني الأردني على:(كانا متضامنين فـــي التعـــويض لصاحب العمل عما يحدثني خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبـــان أو أقاماه من منشآت.وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطـــول.٢- يبقى الالتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة)[١].

<u>ثالثا-في عقد الوكالة</u>:-إذا اضطر الوكيل إلى تجاوز حدود وكالته لتعذر إخبار الأصيل بتجاوزه،وكان يعتقد بحسن نية أن الأصيل ما كان إلا أن يوافق على تجاوز لأنه ينصـــب فـــي مصلحة،كان تصرفه صحيحاً وسرت آثاره في حق الأصيل،بشرط أن يخبر الوكيـــل الموكـــل بتجاوزه في أقرب فرصة.وقد تجاهل المشرع الأردني هذا الاستثناء أيضـــاً،ولكنه أشـــار إلـــى إمكانية تجاوز حدود الوكالة إذا كان في ذلك نفع للأصيل،حيث نصت المـــادة(٨٤٠)فـــي بـــاب الوكالة على أنه:(تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون أن يتجاوز حدوده إلا فيما هو أكثر نفعاً للموكل)[٢].

<u>ج-حسن اختيار التابعين وحسن مراقبتهم:-</u>

فيجب على المدين أن يختار تابعيه بعناية ويراقبهم في تنفيذ العقد منذ بدايته فيجب عليه أن يعرف كل شيء عن قدراتهم الشخصية وقدرات الأشخاص من المساعدين لهم.وعليه لا يقبل ادعائه بجهله هذه القدرات ومع ذلك يجب الإشارة إلى أن قيام المدين بهذا العمل لا يعفيه مـــن سوء التنفيذ الذي يحصل من تابعيه بحال،ذلك أنه متضمن مع تابعيه،وإن إخلال أي فرد مـــنهم بالعمل يسأل عنه الجميع ولا يستطيع أن يتحلل من هذه المسؤولية إلا باشتراطه الصريح إعفاءه من تبعة الأخطاء التي يرتكبها تابعوه.[٣].

---

[١] المادة(٧٨٨)من **القانون المدني الأردني**.

[٢] السرحان،خاطر،**شرح القانون المدني**،مرجع سابق،فقرة٩٩،ص٨٤،ويشير أيضاً إلى أن المشرع المصري في المادة(٧٠٣)والعراقي في المادة(٩٣٣)قد نصا على ذلك صراحة.

[٣] المادة(٣٥٨)من **القانون المدني الأردني**.

د-التأكد من صلاحية الآلات والمواد المستعملة في التنفيذ:-

يسأل المدين عن أي ضرر ينشأ من الآلات والمواد التي يستخدمها في تنفيذ العقد،حتى لو كان يجهل عيوبها فعلاً أو قام بما في وسعه للتأكد من صلاحيتها.ومن التطبيقات التشريعية لهذا الواجب ما نص عليه القانون المدني الأردني:(١-إذا اشترط على المقاول تقديم مادة العمل كلها أو بعضها وجب عليه تقديمها طبقاً لشروط العقد)[١]،فيضمن المقاول عيوب المادة المستعملة ضمان البائع للعيوب الخفية،فيكون المقاول ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر في المادة الصفات التي اتفق مع رب العمل على وجودها فيها أو كان في المادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها والمتفق عليها.

ه-الخضوع لرقابة الدائن أثناء تنفيذ العقد:-

على المدين أن يخضع لرقابة الدائن أثناء تنفيذ العقد،حيث أن ذلك يسهل الأمر للطرفين للوصول إلى العناية المتوخاة من المتعاقدين فأعمال المدين سوف لا تكون مدار شك لدى الدائن وأيضاً لن يجتهد في خطوات أو عمليات إن فشلت وكانت بدون علم الدائن سوف يعترض عليها.

وهكذا فإن من واجب المدين أن يجعل الدائن على علم بالخطوات التي يقوم بها ويتلقى الإرشادات والتوجيهات منه ولهذا العنصر من عناية الرجل المعتاد.وهنالك تطبيقات في التشريع الأردني في العديد من العقود ففي عقد المقاولة لرب العمل الحق في التدخل عندما يخل المقاول بشروط ومواصفات العقد المتفق معه عليه[٢].وفي عقد الوكالة أوجب القانون الوكيل أن يوفي موكله بالمعلومات الضرورية كما وصل إليه تنفيذ الوكالة وبأن يقدم إليه الحساب عنها[٣].

---

[١] المادة(١/٧٨٣)من **القانون المدني الأردني**،ولكن المشرع العراقي نص صراحة على هذا الأمر في المادة(٨٦٦)من قانونه المدني حيث نص على(إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها،كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها رب العمل).

[٢] انظر في هذا المعنى المادة(٧٨٥)من **القانون المدني الأردني.**

[٣] المادة(٨٥٦)من **القانون المدني الأردني.**

و-قيام المدين بأعمال الفضالة لمصلحة الدائن:-

لما كان من المرغوب فيه حفظ مصالح الدائن في ظروف غير المتوقعة فللمدين أن يفعل أكثر مما كان مطلوباً أو متوقعاً،إذا واجه ظروف خارجية لم يتوقعها فيقوم باستعمال وسائل في تنفيذ العقد كان واضحاً بأن الدائن لم يتوقع استخدامها.ففي مثل هذه الظروف يحق للمدين المطالبة بالتعويض ولم ينص القانون الأردني[1]على تطبيقات مثل هذه الأعمال ولكن يمكن تطبيق القواعد العامة في القانون المدني الأردني المتعلقة بالفضالة حيث نص القانون على:(من قام بعمل نافع للغير دون أمره ولكن أذنت به المحكمة أو أوجبته ضرورة أو قضى به عرف فإنه يعتبر نائباً عنه،وتسري عليه الأحكام التالية)[2].

ز-تيسير استعمال الدائن لحقوقه التعاقدية:-

على المدين أن يتدخل،إذا استدعاه الدائن،لتمكينه من الانتفاع بحقه وإن أوضح صورة لهذا التدخل الذي يقصد به معونة الدائن على استعمال حقه هو ما يجب على المؤجر(بصفته مديناً بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المأجورة)من التدخل لتمكين المستأجر من أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والكهرباء والغاز وما إلى ذلك ما دامت الطريقة التي توضع بها هذه الأجهزة لا تخالف الأصول المرعية،على أن تدخل المستأجر إذا كان لازماً فإن المستأجر يتكفل بما ينفقه المؤجر.وقد ورد هذا الحكم في المادة(٥٨١/١/٢)من القانون المدني المصري ولا مقابل لها في القانون المدني الأردني.ولكن هذا الحكم يعد من القواعد العامة التي يمكن الأخذ بها في القانون المدني الأردني من دون نص سيما ولا يوجد نص خاص يعارض هذه القاعدة.

---

(١)على خلاف المشرع العراقي الذي نص على هذه الأمور بصراحة في عقد الشركة والعارية والنقل في المواد(٦٤٢و ٨٤٩)من **القانون المدني** والمادة(٢/٢٦٣)من **قانون التجارة العراقي**.
(٢) المادة(٣٠١)من **القانون المدني الأردني**.

الخاتمة

بعد أن تم بحث موضوع(حسن النية في تنفيذ العقود)وتطبيقاته في القانون المدني الأردني.ولقد عمد البحث إلى الاعتماد على النصوص القانونية،وذلك لعدم توفر المؤلفات التي تبحث في هذا الموضوع،كما عمد إلى المقارنة مع التشريعات العربية والفقه الإسلامي،فلم يقتصر البحث على التشريع الأردني بل تناول معظم التشريعات.وفي سبيل إنجاز هذه الدراسة،وسعياً إلى تحقيق الفائدة المرجوة،فقد حرصت على الاستعانة بالمراجع التي تناولتها هذا الموضوع ولو بشكل جزئي لاستخلاص نتائج وأفكار جديدة منها إضافة إلى بلورة أفكار جديدة،ملتزماً في ذلك بالمنهج العلمي الحديث وما يتطلبه من نزاهة ودقة،ولقد كنت حريصاً في ذلك على خلو هذه الدراسة من أي إسهاب ممل أو إيجاز مخل.

وقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة النتائج التالية:-

١-أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يقتضي من المتعاقد أن يكون حسن النية وفقا للأساس الشخصي (الذاتي)٠،أي أن لا تكون إرادته اتجهت نحو الإضرار بالطرف الآخر،وذلك بأن يتجنب الخطأ العمد وكذلك الغش والتعسف في استعمال الحق بسوء نية،وإن يتجنب كذلك الإهمال الفاحش الذي يعده القانون وليداً على الخطأ العمد أو على الأقل معادلاً له من حيث الأثر.

٢-إن حسن النية وفقا للأساس الشخصي (الذاتي) لا يتطلب مجرد عدم اتجاه النية إلى الإضرار بالغير مباشرة،بل يتطلب أيضاً عدم الإقدام على أي فعل أو ترك إذا كان الضرر الناشئ عنه أمراً لازماً لا يمكن تصور حدوثه دون هذا الفعل أو الترك.

٣-الخطأ الجسيم الذي وإن كان أعلى درجات خطأ الإهمال،إلا أنه بدرجة الغش والخديعة،ورغم عدم وجود صيغة ثانية تحدد معنى الخطأ الجسيم،فإن تعريفات الفقه وتطبيقات القضاء اعتبرت بعض الأفعال خطأ جسيماً مثل الإضرار بمصالح حيوية للطرف الآخر كالإضرار بسلامته البدنية والإخلال بالتزام علق عليه هذا الطرف أهمية خاصة.

٤-عدم كفاية التزام المدين بحسن النية وفقا للأساس الشخصي (الذاتي)،بل لا بـد أن يكون حسن النية وفقا للأساس الموضوعي للالتزام أيضاً،فيختلف حسن النية بتنفيذ العقود في التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية مع مراعاة طبيعة الالتزام في الحالتين،فلا يكفي أن تكون إرادته سليمة(غير مشوبة بسوء نية)،بل يجب أن يتحلى بقدر كاف من التبصر يكفل تحقيق الغرض المتعاقد من أجله.

٥-إن حسن النية وفقا للأساس الموضوعي يفرض على المدين أيضاً تحقيق الغـرض المتعاقد عليه من خلال تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً كلما كان هذا التنفيذ ممكناً،فلا يجـوز لـه أن يتحلل من التزامه إلا إذا منعته من التنفيذ قوة قاهرة.

٦-إن أساس إعفاء المدين في حالة القوة القاهرة هو حسن نيته المتجلي في عجـزه الموضوعي عن التنفيذ،ذلك العجز الذي تقره الأخلاق.

٧-أن يكون الدائن في التنفيذ متعاوناً مع مدينه كلما اقتضى التنفيذ منه هذا التعاون وإلا فإن عدم تعاون الدائن مع المدين يخلق العقبات والعراقيل أمام المدين في ذلك التنفيذ وما يترتب عليه من ضياع الوقت والجهد والمال.

٨-إن مبدأ حسن النية لا يحكم نوعاً معيناً من الالتزامات دون نوع آخر.بل إن تنفيذ كل الالتزامات يخضع لهذا المبدأ سواء كان التنفيذ في الالتزامات بتحقيق نتيجة والالتزامات ببـذل عناية وإن كانت بعض العقود تتطلب حسن النية أكثر من غيرها.

٩-إن مبدأ حسن النية لا يسري على كلا نوعي الالتزامات فقط(الالتزامـات بتحقيـق نتيجة والالتزامات ببذل عناية) وإنما يعمم الأخذ به كلا طرفي العقد أيضاً سواء في تحدثنا عن حسن النية وفقا للأساس الشخصي (الذاتي) أو الموضوعي،فلا يكفي مبدأ حسن النية أن يتنـزه الدائن عن استعمال حقه بنية الإضرار بالمدين بل يجب عليه أن يتصف بما يتصف به الرجـل المعتاد من حذر وبصيرة وانتباه لدى استعمال حقوقه بحيث يتجنب الإضرار بالمدين بصـورة غير مشروعة.وهي تزيد وتنقص تبعاً لظروف الدائن ومؤهلاته أيضاً.

١٠-إن حسن النية في التكييف النهائي ما هو إلا انعدام العنصر المعنوي للخطأ سواء توفر العنصر الموضوعي من الخطأ أو لم يتوفر ذلك أن انعدام العنصر المعنوي وحــده كفيــل بنفي الخطأ لأن الخطأ لا يقوم إلا بعنصرين معنوي وموضوعي(مادي).

١١-إن الفقرة الأولى من المادة(٢٠٢)من القانون المدني الأردني التي نصت على أن العقد يجب أن ينفذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية قد كرست فكرة المسؤولية المدنية فــي حالة عدم احترام مبدأ حسن النية في التنفيذ.

١٢-إن المادة(٢٠٢)بكلتا فقرتيها تتضمن المقصود بحسن النية في مجــال العلاقــات العقدية وفي حال التنفيذ بنص تلك المادة يصبح المدين بمنأى عن أي إخلال بالتزام تعاقدي يثير مسئوليته.

وفي نهاية هذه الدراسة،أتمنى أن أكون قد وفقت في دراسة موضوع الرسالة،دراســة-علمية شاملة-بما يحقق الفائدة العلمية المرجوة،راجياً أن يكون العطاء بقدر الجهد،ومبتهلين إلى الله تعالى بدعاء التوفيق ومعتذرين عن أي سهو أو خطأ غير مقصود،آملين أن تحظى رســالتنا بالقبول وأن تكون نافعة لرواد الحق ومطبقي الشرع والقانون.

قائمـــة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

أ- القرآن الكريــم

ب- القوانين :

١. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٣. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٤. القانون المدني الكويتي لسنة ١٩٨٠.
٥. القانون المدني السوري سنة ١٩٤٩.
٦. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤.
٧. المجلة التونسية للالتزامات و العقود لسنة ١٩٠٦.
٨. قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.
٩. قانون التجارة البحري الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٧٢.
١٠. قانون النقل العراقي رقم(٨٨) لسنة ١٩٨٣ .
١١. قانون نقابة المحاميين النظاميين الأردني رقم (٥١) لسنة ١٩٨٥.
١٢. قانون المحاماة العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.
١٣. قانون التأمين الاجتماعي المصري رقم (٧٩) لسنة ١٩٧٥.
١٤. قانون الضمان الاجتماعي الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٧٨.
١٥. قانون التقاعد والضمان الاجتماعي العراقي رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١.
١٦. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢.
١٧. قانون البينات الأردني رقم ٣٧) سنة ٢٠٠١.
١٨. قانون المالكين والمستأجرين الأردني لسنة (٣٠) لسنة ٢٠٠٠.

١٩. **قانون البنوك الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠.**
٢٠. **قانون الصناعة والتجارة الأردني رقم (١٨) لسنة ١٩٩٨.**
٢١. **قانون العقوبات الأردني رقم (٣٣)لسنة ٢٠٠٢.**

ثانيــاً: المراجــع

أ-الكتـــــب:

١. ابن عابدين،**رد المحتــار علــى الــدر المختــار**،الجــزء الخامس،المطبعــة الكبــرى الأميرية،القاهرة،١٣٢٣ هـ .
٢. ابن قيم الجوزية،**اعلام الموقعين**،الجزء الثالث،٧٥١ هـ .
٣. ابو حامد الغزالي،**إحياء علوم الدين**،الجــزء الثــاني،دار الفكــر اللبناني،بيروت،طبعــة ١٩٦٨.
٤. ابي الحسين احمد بن فارس بن زكريا اللغوي،**مجمل اللغة**،دراسة وتحقيق زهيــر عبــد المحسن سلطان،مؤسسة الرسالة،الجزء الثالث والرابع،الطبعة الأولى،بيروت،١٩٨٤.
٥. احمد ابراهيم البسام،**قاعدة تظهيــر الــدفوع فــي ميــدان الأوراق التجاريــة**،الطبعــة الأولى،مطبعة العاني،١٩٦٩.
٦. احمد ابراهيم حسن،**تاريخ النظم القانونيــة والاجتماعيــة**،الــدار الجامعيــة للطباعــة والنشر،القاهرة،١٩٩٦.
٧. اسماعيل العمري،**الحق ونظريــة التعســف فيــه**،الطبعــة الأولى،مطبعــة الزهــراء الحديثة،الموصل،١٩٧٥.
٨. **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**،المكتب الفني،نقابة المحامين الأردنية،الجزء الأول،الطبعة الثالثة،عمان،١٩٩٣.
٩. **المعجم الوسيط**،مجمــع اللغــة العربي،الجــزء الثــاني والخامس،الطبعــة الثالثــة،دار عمران،القاهرة،١٩٨٥.
١٠. انور سلطان،**مصادر الالتزام في القــانون المــدني الأردنــي**،دراســة مقارنــة بالفقــه الإسلامي،الطبعة الأولى،منشورات الجامعة الأردنية،عمان،١٩٨٧.

١١. ثروت الأسيوطي،**مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن**،القاهرة،١٩٦٢.

١٢. جمال الدين محمد محمود،**سبب الالتزام ومشروعيته في الفقه الإسلامي**،القاهرة،١٩٦٩.

١٣. جندي عبد الملك،**الموسوعة الجنائية**،الجزء الثاني والخامس،القاهرة،١٩٤٦.

١٤. حسين بن سليمة، **حسن النية في تنفيذ العقود**،حسب أحكام الفصل (٢٤٣)من المجلة المدنية التونسية،رسالة ماجستير منشورة،كلية الحقوق،تونس،١٩٨٦.

١٥. حسام الدين كامل الأهواني،**مصادر الالتزام،المصادر الإرادية**،القاهرة، ١٩٩١.

١٦. حسن جميعي،**شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية**،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٣.

١٧. حسن علي الذنون،**فلسفة القانون**،الطبعة الأولى،مطبعة العاني،بغداد،١٩٧٥.

١٨. حسين عامر،**التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود**،الطبعة الأولى،مطبعة مصر،١٩٦٠.

١٩. حسين عامر،**المسئولية المدنية،التقصيرية والعقدية**،الطبعة الأولى،مطبعة مصر،القاهرة،١٩٥٦.

٢٠. سليمان مرقس،**محاضرات في المسؤولية في تقنينات البلاد العربية**،القسم الأول،الأحكام العامة،القاهرة،١٩٥٨.

٢١. صلاح الدين الناهي،**النظرية العامة في الفقه الموازن وعلم الخلاف**،مطبعة أسعد،بغداد،١٩٦٦.

٢٢. عبد الحكيم،وآخرون،**الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي**،الجزء الأول،مصادر الالتزام،مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر،جامعة بغداد،١٩٨٠.

٢٣. عبد الرزاق السنهوري،**الوجيز في شرح القانون المدني ،نظرية الالتزام بوجه** عام،الجزء الأول،دار النهضة العربية،١٩٦٦.

٢٤. عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني**،الجزء الأول والثاني والسادس(القسم الثاني،والسابع(القسم الأول والثاني)،دار النهضة العربية،القاهرة.

٢٥. عبد الرزاق السنهوري،**مصادر الحق في الفقه الإسلامي**،دراسة مقارنة بالفقه الغربي،الجزء السادس،الطبعة الأولى،مؤسسة التاريخ العربي ودار إحياء التراث العربي،بيروت،١٩٩٧.

٢٦. عبد السلام الترمانيني،**محاضرات في تاريخ القانون**،الطبعة الأولى،منشورات جامعة حلب،١٩٦٤.

٢٧. عبد العزيز فهمي،**مدون جوستنيان في الفقه الروماني**،أصول وتقريرات خاصة بالالتزامات والمتعاقدان،دار الكتاب المصري،القاهرة،١٩٤٦.

٢٨. عبد الفتاح عبد الباقي،**نظرية القانون**،الطبعة الخامسة،مطبعة نهضة مصر ،القاهرة،١٩٦٦.

٢٩. عبد القادر الفار،**أحكام الالتزام ،آثار الحق في القانون المدني**،الطبعة الثالثة،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،١٩٩٦.

٣٠. عبد المجيد الحكيم،**الكافي في شرح القانون المدني**،الجزء الأول،مصادر الالتزام ،المجلد الأول،في العقد،الشركة الجديد للطباعة ،عمان،١٩٩٣.

٣١. عبد الناصر توفيق العطار،**مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي**،الطبعة الأولى،(د ت).

٣٢. عدنان السرحان ونوري خاطر،شرح القانون المدني الأردني،**مصادر الحقوق الشخصية(الالتزامات)**دراسة **مقارنة**،الفجر للطباعة ،اربد،١٩٩٧.

٣٣. علي بدوي،**مبادئ القانون الروماني**،الطبعة الأولى،مطبعة مصر ،القاهرة،١٩٣٦.

٣٤. علي هادي العبيدي،**الوجيز في شرح القانون المدني الأردني**،العقود المسماة،في البيع والإيجار ،الطبعة الأولى،اربد،١٩٩٧.

٣٥. **مجلة الأحكام العدلية**،الطبعة الثالثة،مكتبة مطبعة الآداب،١٩٣٠.

٣٦. **مجلة نقابة المحامين**،أعداد مختلفة.

٣٧. **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**،الالتزامات،مطبعة دار الكتاب العربي،القاهرة.

٣٨. محمد ابراهيم دسوقي،**تقدير التعويض بين الخطأ والضرر**،(د ن)،(د ت)الاسكندرية.

٣٩. محمد حسين اسماعيل،**القانون التجاري الأردني**،الطبعة الثانية،دار عمار للنشر والتوزيع،عمان،١٩٩٢.

٤٠. محمد شريف احمد،**نظرية تفسير النصوص المدنية**،دراسة **مقارنة بين الفقه الإسلامي**،مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون والدينية،بغداد،١٩٨٢.

٤١. محمد عبد الظاهر حسين،**المسؤولية المدنية للمحامي** تجاه العميل،دار النهضة العربية للنشر والتوزيع،القاهرة،١٩٩٣.

٤٢. محمد عبد المنعم بدر،**القانون الروماني**،الكتاب الثاني في الأصول،دار النشر الحديث،القاهرة،١٩٥٤.

٤٣. محمد عبدالله،**جرائم النشر**،القاهرة،١٩٥٦.

٤٤. محمد علي البدوي،**النظرية العامة للالتزام**،**مصادر الالتزام**،الجزء الأول،الطبعة الثانية،منشورات الجامعة المفتوحة،مطبعة الانتصار،طرابلس،١٩٩٣.

٤٥. محمد مرتضى الزبيدي،**تاج العروس من جواهر القاموس**،المجلد العاشر،منشورات دار مكتبة الحياة،الطبعة الأولى،بيروت،١٩٨٥.

٤٦. محمد وحيد الدين سوار،**الاتجاهات العامة في القانون المدني**،دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،٢٠٠١.

٤٧. محمد وحيد الدين سوار،**الشكل في الفقه الإسلامي**،دار الثقافة للنشر،عمان،١٩٩٨.

٤٨. محمد وحيد الدين سوار،**شرح القانون المدني**،النظرية العامة للالتزام،الجزء الأول،المصادر والالتزام،الطبعة الثانية،المطبعة الجديدة،دمشق،١٩٧٢.

٤٩. محي الدين اسماعيل علم الدين،**نظرية العقد**،**مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية**،الطبعة الأولى،القاهرة.

٥٠. مفلح عواد القضاة،**البينات في المواد المدنية والتجارية**،**دراسة مقارنة**،الطبعة الثانية،جمعية عمال المطابع،عمان،١٩٩٦.

٥١. منذر الشاوي،**مذاهب القانون**،مركز البحوث القانونية،بغداد،١٩٨٦.

٥٢. ميشيل فيلية،**القانون الروماني**،ترجمة وتعليق هاشم الحافظ،منشورات جامعة بغداد،بغداد.

٥٣. ياسين الجبوري،**المبسوط في شرح القانون المدني**،**الجزء الأول**،**مصادر الحقوق الشخصية**،المجلد الأول،نظرية العقد،القسم الأول والقسم الثالث،دراسة موازنة،الطبعة الأولى،دار وائل للطباعة والنشر،عمان،٢٠٠٢.

ب- الأبحاث و الدراسات :

١. غازي أبو **عرابي،سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني**،دراسة مقارنة،"دراسات"،المجلد الخامس والعشرين،العدد الأول،الجامعة الأردنية،١٩٩٨.

٢. نوري خاطر،**الخطأ الجسيم في ظل التطبيقات التشريعية والقضائية**،دراسة مقارنة،"مجلة المنار"،المجلد التاسع،العدد الثالث،جامعة آل البيت،المفرق،٢٠٠٣.

٣. نوري خاطر،**تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة**،"مجلة المنار"،المجلد السابع،العدد الثالث،جامعة آل البيت،المفرق،٢٠٠١.

٤. وهبة الزحيلي،**نظرية الباعث في العقود في الفقه والأصول**،"مجلة الشريعة والقانون"،العدد الرابع،جامعة الإمارات العربية،١٩٨٨.

٥. يزيد نصير،**مرحلة ما قبل إبرام العقد،التفاوض بين النماذج المتضاربة**،الجزء الثالث،دراسة مقارنة،"مجلة المنار"،المجلد التاسع،العدد الثالث،جامعة آل البيت،المفرق،٢٠٠٣.

٦. يزيد نصير،**مرحلة ما قبل إبرام العقد،عقد التفاوض بحسن نية الجزء الأول**،دراسة مقارنة،"مجلة المنار"،المجلد التاسع،العدد الثالث،جامعة آل البيت،المفرق،٢٠٠٣.

٧. يزيد نصير،**مرحلة ما قبل إبرام العقد،نظرية الخطأ في أثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات**،الجزء الأول،دراسة مقارنة،"مجلة المنار"،المجلد التاسع،العدد الثالث،جامعة آل البيت،المفرق،٢٠٠١.

ج- الرسائل الجامعية :

١. السيد البدوي، **حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية**،جامعة القاهرة،رسالة دكتوراه،القاهرة،١٩٨٩.

٢. حسن زكي الأبراشي، **مسؤولية الأطباء الجراحيين في التشريع المصري**،رسالة دكتوراه،القاهرة.

٣. رومان منير زيدان حداد،**مبدأ حسن النية في تكـوين العقـد**،رســالة ماجســتير غيــر منشورة،جامعة آل البيت،المفرق،٢٠٠٠.

٤. عبد الجبار ناجي،**مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**،**رسالة** ماجستير غير منشــورة،كلية الحقوق،جامعة بغداد،١٩٧٢.

٥. عزة محمود احمد خليــل، **مشــكلات المســؤولية المدنيــة فــي مواجهــة فيــروس الحاسوب"،دراسة مقارنة في القانون المــدني والشــريعة الإســلامية**،رســالة دكتــوراه منشورة،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،١٩٩٤.

٦. فاضل شاكر النعيمي،**نظرية الحوادث الطارئ بين القانون والشريعة** رســالة دكتــوراه منشورة،بغداد،١٩٦٩.

Summary

(Good faith in performance contracts in Jordanian Civil Law)

- A comparative study –

Preparation: Ibraheem Ahmad Ibraheem Al-Diabat

Supervision: Dr. Na'el Masa'edah

The importance of this study comes considering it a modern attempt to spot light on the good faith principle in performance contracts through the item (٢٠٢/١) from the Jordanian civil law, where it stipulated on: "contract must be performed according to what it included & with a way which goes along on with what good faith impose".

Through it the need intensify to resort to good faith principle, because it's the principle which achieve the highest from law's purposes, which is to parry harming a person because of another one in the society.

Considering that the principle of good faith is the principle which will prevail all the legal relations, and it's from the totality rules which don't banish with no legal stipulation, because it's a principle which prevail the contract in all stages, where its effect won't be only on ratification of the contract, yet, extend to its performance & elapsing.

Good faith in performance the contract means that all contractors will take in consideration the good of the other contractor and not harming him deliberately, and that's by performance its obligation with the way any contractor hope to see from the other. So, good faith in contracts is a principle which finds its extent in two fields, which are: the contractor self or person from a part, and the nature of commitment which is correlated to it, so, its stands on two bases: psychological fundamental basis, based on the contractor faith, and a material basis based on dealing honesty and integrity.

Finally, I reach the special bases with the principle of good faith in performance contracts, through good faith on personal basis (self) which is in the absence of bad faith for the contractor in all figures & situations, and objective basis (material) for good faith which is in avoiding negligence and carelessness and that's by accepting its negligence by law and society.

All of that through analyzing terms of the Jordanian law which is concerned in good faith in performance contracts in comparison with comparative laws to give a full figure about good faith, also, the legal jurist opinions were scrutinized and what is happening in Jordanian judgment, trying to reach through this methodology to solutions which don't exceed the frame of legal principles in Jordan, within the frame of the following plan:-

The Preliminary theme, review in it the historical origin for the good faith principle in performance contracts through the relation between the old & modern & to show the historical origins to this principle in Roman law & good faith in Islamic law (Sharia).

The first chapter, this chapter was specialized to study the personal basis for the good faith principle through the conditions of good faith at personal basis in the first theme, which is in the banish of contract mistake, banish of deliberate mistake, cheating, not being tyranny in using right in bad faith, and the banish of great mistake in all its many types, the second theme of this chapter, we have take in it the effects of breaching good faith in personal basis, where we have studied the relation of good faith with the criminal law and deliberate contract mistakes appending to it, and we have clarified the contracts legal rules for cheating & great mistakes which is in direct harming compensation the expected & non-expected, and null the agreement to contracted debtor exemption for his cheating or great mistake and permitting to ask for more than the value of complementary compensation, and abstention of respiting the debtor in case he cheated or made a great mistake and not permitting securing from it.

In the second chapter, we have taken the objective basis for good faith principle and that's through studying good faith in objective basis and non- legitimate performance in the first theme, in which we have clarified that the foreign cause banish the mistake, and the debtor duty to facilitate performance through the cooperation idea and what is the legitimate-motives for not performance.

The second theme through this chapter, we specialized it to study good faith on objective basis, and the extent of needed concern in performance commitments with a purpose and also by achieving an outcome, in conclusion we have demonstrated the outcomes we reached after we have finished this study.